5

Illmo celeberrimo S.r de Jorio

m. a.

DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS,

AD LOCUM

JURIS ROMANI

DE

CAPTIS ET REDEMPTIS AB HOSTIBUS.

DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS,

AD LOCUM

Juris Romani

DE

CAPTIS ET REDEMPTIS AB HOSTIBUS,

QUAM,

ANNUENTE SUMMO NUMINE,

EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI

NICOLAI CHRISTIANI KIST,

THEOL. DOCT. ET PROF. ORD.,

NEC NON

AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU,

ET

NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,

Pro Gradu Doctoratus,

SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO HONORIBUS
AC PRIVILEGIIS,

IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA,

RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,

PUBLICO ET SOLENNI EXAMINI SUBMITTIT

Johannes Cornelius Gerhardus Boot,

ARNHEMIA-GELRUS.

AD DIEM IX JUNII MDCCCXXXVI, HORA I—II.

IN AUDITORIO MAJORI.

LUGDUNI BATAVORUM,
APUD J. C. CYFVEER.
MDCCCXXXVI.

EX TYPOGRAPHEO J. G. LA LAU.

JOHANNES CORNELIUS GERHARDUS BOOT,

S. P. D.

FRATRI UNICO, CARISSIMO

CORNELIO HENRICO BALDUINO BOOT,

JURIS ROM. ET HOD. DOCTORI.

Plures me causae impellunt, qui hunc libellum nomini tuo, dilectissime frater! inscribam. Naturalem enim caritatem, quae inter eos, qui communi stirpe orti sunt, obtinere solet, auxit confirmavitque par in utroque studiorum ratio et illa morum ingeniorumque similitudo, sine qua amicitia consistere non potest. Rationes domesticae in causis fuerunt, ut pueritiam sejunctim, tu Hagis Comitum, Arnhemiae ego, ageremus;

Leida denum nos conjunxit, ubi in celeberrima Musarum sede quinquennium transegimus, cujus memoria utrique erit jucundissima. Nam, etsi ambitio quaedam mature te ad forum et munera obeunda, me diversa vitae institutae voluntas ad otium literarumque studia traxit, hac una in re aliquantum dissimiles, numquam tamen alterius consilia improbavimus, nec moleste fero, te natu minorem paucos ante menses Academiae valedixisse, ipsa honoris tui cogitatione discessus dolorem leniente. Atque amor ille, quo te complexus sum, auctus etiam est, ex quo pater, vir optimus et de nobis nostrisque studiis optime meritus, acerba nobis morte ereptus est: quapropter nemo meum factum reprehendet, qui voluerim aliquod certe testimonium nostri amoris publice exstare.

Accedit quod, praesenti argumento suscepto, fidem a te olim datam pro viribus exsolverim. Quum enim, in legendis monumentis eloquentiae Atticae occupatus, locum de ἀτιμίᾳ, qui est in jure Attico gravissimus, mihi explicandum sumseram, nimia fortasse virium mearum fiducia deceptus: a proposito me revocavit fama, qua nostratium aliquis, qui diu hoc opus animo volverat,

dicebatur disputationem doctam de infamia *editurus esse. Quod consilium quam tempestivum fuerit, lecta mox Lelyveldii, Viri Cons. commentatione cognovi. Verumtamen priori argumento mihi erepto aliquamdiu dubius haesi, quo me verterem; donec provinciam a te relictam occupare placuerit. Quum enim imprimis e re tua esse videretur codices legum, quibus hodieque utimur, reique judiciariae hodiernae rationes perdiscere, noluisti locum juris Romani* de postliminio, *a te in commentatione Academica illustratum, ulterius persequi, sed ejusmodi materiem circumspicere maluisti, cujus fructus perciperes praesentes. Mihi vero quaestio de captivis et redemptis cum studio literarum optime copulari posse videbatur, et ea esse, quae rite tractata ad illustranda plura juris Romani capita pertineret. Hinc nata est nostra disputatio, cujus origo explicanda erat, ut constaret, quam ob rem ego potissimum telam tuam pertexerim.*

Et quandoquidem certo scio, F. C., hoc tibi non ingratum fore, paucis etiam repetam temporis Academici imaginem, atque instaurabo memoriam praeceptorum, quos habuimus optime de

nobis meritos. De quibus et tu ita judicare soles, ut gratum discipulum decet, et ego sic sentio, ut non alios mihi contigisse optem. Octo fere anni praeterierunt, ex quo inter cives Athenaei Daventriensis receptus sum. Jurisprudentiae destinatus ad illam disciplinam accedere nolui, priusquam instructus essem subsidiis literarum Graecarum Romanarumque, quae futuris JCtis et ornamento et vero emolumento sunt. Libere igitur per illum campum vaganti mox ita placuit antiquitas, ut constituerem totum me his literis tradere. Hoc consilio post biennium Lugdunum Batavorum migravi, eo ipso tempore, quum recens Belgarum seditio omnium animos metu impleret, ne armata manus antiquos patriae nostrae fines hostili animo invaderet. Tum maxime intellexi, omnes omnium caritates patriam unam complecti, nomenque sponte militiae dedi, una molestia affectus, quod te mecum Leidae adventantem carissimi parentis sollicitudo impediret, quominus Academicam cohortem comitareris. Profligato hoste ad lares reversus intermissa studia repetii, quibus deinde juris disciplinam adjunxi, non ignarus quanto opere altera alterius auxilio adjuvetur et

promoveatur. Atque ea tunc usus sum felicitate, ut illum in jure Attico et Romano ducem haberem et auspicem, qui suo ipse exemplo probat, quantum intersit JCti omnem antiquitatem perspectum habere. Sed Assenii V. Cl. merita celebrare, modestia vetat, nec dicam de humanitate et facilitate, qua discipulorum commodis inservit, tum quia talis significatio alio fortasse tempore melius declarari poterit, tum vero, quia ipse tu eandem expertus es. Quamquam autem huic viro plurimum me debere profitear, nolim tamen putes, me relicuorum praeceptorum in me merita aut contemnere aut negligere. De singulis dicere, longum foret: hoc unum lubens profiteor, multorum in me non obscura studia exstitisse, jucundumque mihi esse mente et cogitatione repetere illas horas, quum aliorum de philosophia, aliorum de literis, aliorum denique de jurisprudentia lectiones audivi;. ex quibus si minus profecerim, quam par erat, id non illorum culpa factum est, sed levitati juvenili et naturae humanae imbecillitati tribuatur. Quid? quod me, ad aetatem peractam respicientem, haec tenuitatis meae conscientia salutari dolore percutit, quo excitatus

operam dabo, ut nemo dicat vitae Academicae finem segniorem me reddidisse. In te quoque quum eadem alacritas conspiciatur, hoc tibi persuasum habeas, laudis aemulationem amicitiae nostrae numquam obstituram esse. Tu res tuas prospere agas, meque amare pergas.

Scripsi Lugd. Bat. Kal. Jun. cIↃIↃCCCXXXVI.

DISPUTATIONIS CONSPECTUS.

PARS I.

DE CAPTIVIS.

PROLEGOMENA.

CAPUT I.

CAPUT II.

CAPUT III.

CAPUT IV.

CAPUT V.

PARS II.

DE REDEMPTIS AB HOSTIBUS.

CAPUT I.

CAPUT II.

PARS PRIMA.

DE CAPTIVIS,

SECUNDUM JURIS ROMANI PRAECEPTA.

Prolegomena.

—

§ 1.

Constitutio hujus quaestionis.

Praestantia juris Romani, in hunc usque diem merito celebrata, cum aliis in rebus cernitur, tum in eo etiam quaerenda est, quod diversa personarum jura pro varia earum conditione luculenter indicata et descripta exhibeat. Quum enim omne jus personarum causa constitutum sit, permultum refert scire, quo diverso jure usi sint singuli. Et nobis quidem, qui integris fere JCtorum libris caremus, aliquam horum jurium cognitionem petere licet, partim ex illis auctoribus, qui historiam et antiquitates illustraverunt, partim e fragmentis JCtorum, quae Justiniani cura in unum corpus collecta sunt. Hinc intelligitur ea, quae ad cognoscendam variorum hominum conditionem faciunt,

passim dispersa reperiri; quapropter e recentioribus multi non inanem operam perfecisse censentur, sedulo colligentes omnia, quibus certi cujusdam hominum generis jura contineantur. Nimirum ejusmodi disquisitio praeter alias, quas affert, utilitates, imprimis facit ad recte aestimanda instituta moresque Romanorum, ut sine ea omne judicium de illorum humanitate vacillet, omnisque adeo interior civitatis Romanae cognitio imperfecta sit.

Longum sit eorum nomina excitare, qui, Sigonii, Spanhemii, aliorum exemplum secuti, de juribus civium, peregrinorum, eorumve, qui de conditione servorum, libertinorum, statuliberorum commentati sunt: sed quum cognata quaestio de postliminio multos invenerit interpretes, captivorum tamen conditio nondum satis illustrata videtur. Nec tamen dubium esse potest, quin gens continuis bellis dedita, reique militaris studiosissima, curaverit eorum conditionem, qui in hostium potestatem incidissent, quamvis e summi juris principiis „deminuti capite, abalienati jure civium, servi hostium facti fuerint" (1). Caveamus enim, ne contrarium colligamus ex oratione M. Junii, qui in senatu neminem ignorare dicit, nulli unquam civitati viliores fuisse captivos, quam suae, aut ex Livii verbis, civitatem celebrantis minime in captivos jam inde antiquitus indulgentem: quibus verbis hoc tantum indicatur, Romanos maluisse audire, exercitus suos caesos esse, quam captos, nec faciles fuisse ad cap-

---

(1) Verba sunt Manlii Torquati apud Liv. XXII. 60. Cf. ibid. C. 59 et 61. — Festus v. *deminutus capite.*

tivos de publico redimendos. At utilitas publica jubebat interim prospicere familiae et bonis captivorum non minus, quam absentium, furiosorum, deportatorum. Fortasse de illis jam cautum fuit in commentariis regum: id certum est, Praetores in Edicto cavisse (1), ne illorum jura violarentur; quo factum est, ut JCti, qui ad Edictum commentarios scripserunt, ea diligenter persecuti sint. Plura de illis sciremus, si Ulpiani et Pauli libri ad Edictum et ad Sabinum, ne alios memorem, integri ad nos pervenissent: sed vel sic operae pretium duxi, ea colligere, quae imprimis in corpore juris Justinianei de hoc argumento traduntur. Hoc quatenus ab aliis ante me factum sit, ignoro, quum frustra quaesivi illas de captivis disputationes, quae a Lipenio in Bibliotheca Juridica citantur, quarum proinde consilium indicare et merita aestimare nequeo. Una Boecleri dissertatio, inscripta *Miles captivus*, ad me delata est, quae tota versatur in explicanda quaestione, quo loco apud cives suos miles captivus esse debeat, quoties de eo redimendo agatur. Aliud est consilium nostrae disputationis: omissis scilicet omnibus iis, quae ad jus gentium pertinent, de quibus docte et accurate disseruit Hugo Grotius, de J. B. ac P. L. III., intra fines juris civilis me continebo, et agam de captivorum Romanorum juribus, quibus illi secundum ipsius juris civilis principia gaudebant, quamdiu apud hostes essent, quaeque eorum apud hostes defunctorum fuisse finguntur. Sed antequam ipsum opus aggredior,

(1) Vid. tit. Dig. ex quibus causis majores (4, 6).

verbo monendum de iis, quae ad hujus loci illustrationem attulit Ant. Faber, cum in Conjecturarum L. X. imprimis, tum in Jurispr. Papin. tit. 12. princ. 7-9. Ille enim multa, quae huc pertinent, tam copiose persecutus est, ut meus libellus, ad ejus volumina comparatus, exiguus et non satis elaboratus videri possit: sed quamvis non negaverim, acumen in illis cerni plane singulare, et utilia subinde moneri, saepenumero tamen nimio emendandi studio, ne dicam furore, abreptus in errores incidit gravissimos et diligentiam magis suam in colligenda materia, quam judicium in disponenda ea nobis probavit: illud denique affirmare ausim, me ex spissis ejus commentariis minores aliquanto fructus percepisse, quam speraveram.

Exposui consilium hujus disputationis: pauca addenda sunt de ratione, quam tenui in scribendo. Nemini dubium est, quin is optime hujusmodi locum explicaturus sit, qui historica ratione procedat, ac doceat, qui fuerit singulis aetatibus juris progressus. At vero quum intelligerem, eam rationem infinitis difficultatibus laborare (1), adeo ut fere semper conjecturis, iisque parum certis indulgendum foret, aliam viam ingresssus sum, optimumque visum est captivorum jura recensere secundum ordinem Institutionum, facillimam eam et longo usu cognitam: itaque quantum fieri potuit, immunem me praestare studui ab eorum negligentia, qui omnia temere miscendo rudem fere et indigestam molem proferunt.

(1) Ad nostrum argumentum applicari possunt, quae scripsit cons. Duymaer van Twist, in Comm. de peregrinis, p. 17 sq. L. B. 1832.

Primum igitur moneo, cives Romanos, qui apud hostes sunt, non minus diligenter a servis Romanorum captivis secernendos esse, quam observatum fuit in iis, qui capiebantur a Romanis (1); tum de cive captivo ita nobis agendum esse, ut et, quo jure ipse utatur, appareat, et quid juris illis est, qui in ejus manu, potestate mancipiove sunt. Deinceps igitur exponenda sunt captivorum jura, quae dicuntur personalia, tum realia, praemissa explicatione ipsius vocabuli, qua tanquam fundamento reliqua nostra disquisitio nitatur.

§ 2.

Vocis captivi *significatio et ambitus.*

Nusquam apud veteres diserta captivi definitio occurrit; sed quum sedulo alios iis accensent, alios captivorum numero eximunt, aliqua spes est, ut ambitus vocabuli juridicus probabiliter constitui possit. Pro captivis igitur non habentur capti in bello civili (2), quum illud non magis bellum, quam dissensio civilis, discidium civile sit, in quo non ad exitium rei publicae, sed ad victoriam certatur, quo fit, ut humani victores civilibus proeliis captos in praedam non vertant, neque adeo partes adversae sibi vice hostium fuisse videantur. Quum porro nemo

(1) Vid. Liv. III. 18. »De captivis, ut quisque liber aut servus esset, suae fortunae a quoque sumtum supplicium est.''

(2) L. 21. § 1. de capt. (49, 15). Cujac. Obss. XXVI. 2. Cf. etiam L. 4. C. de ingen. manum. (7, 14), quam non tentare debuerat Cujacius, Obss. XVIII. 22.

captivus sit, nisi pervenerit in potestatem hostium i. e. eorum, quibus vel populus Romanus, quive ipsi populo Romano bellum publice decreverunt (1), idque a latronibus, piratis, praedonibus fieri non possit, sequitur, ut neque hostes s. perduelles hi habeantur, neque igitur captus ab iis servus fiat, sed liber maneat et civis (2). Atque hujus discriminis plura momenta excitare possim: paucis defungar.

Sic, quum in Edicto recensentur ii, *qui in vinculis, servitute, hostiumve potestate sunt*, non otiosa sunt illa verba; sed illud ad eos pertinet, qui a latronibus in vincula conjecti sunt, haec vero ad captivos (3). Possunt quoque ii, qui apud latrones detinentur, jure facere testamentum (4) et usucapere (5): quin hujus discriminis ratio tam late patet, ut principes JCti negaverint, servum a latronibus ereptum, postea ab hostibus redemptum, posse usucapi ab emtore, quia ab initio non captus ab hostibus, sed subreptus fuisset (6). Imprimis huc faciunt Ulpiani verba haec (7): »Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur": quibus verbis simul monemur, ne ea, quae de absentibus passim praecipiuntur, ad captivos protrahamus. Cernitur id, ut rem exemplo illustrem, in loco de tutela. Nam absens et a latronibus re-

(1) L. 24. pr. de capt. L. 118 et 234. de V. S.
(2) L. 19. § 2. de capt. Cic. de Off. III. 29.
(3) L. 1. § 1. et L. 9. ex q. c. majores (4, 6).
(4) L. 13. pr. qui test. fac. (28, 1).
(5) L. 23. ex q. c. maj. (4, 6).
(6) L. 27. de capt.
(7) L. 199. de V. S. Cujac. Obss. VII. 34.

tentus non modo non-desinit esse tutor, sed etiam tutor dari potest (1): tutor vero ab hostibus captus amittit tutelam (2), etsi eam postliminio reversus recipere possit (3).

Captivum igitur, sive hostium potitum (4), dicebant sine discrimine sexus aut status, cum eum, quem hostes ex suis ceperant, intraque praesidia sua perduxerant, tum eum, qui pervenerat ad gentem, neque amicitia, neque hospitio, neque foedere cum Romanis conjunctam, sive in acie ipsa captus sit, sive ex improviso in itinere: modo is redeundi copia utatur, adeoque re probet non fuisse sibi animum transeundi (5).

---

(1) L. 5. de tutor. et curat. (26, 5).
(2) L. 14. § 2. de tutelis (26, 1). § 2. I. de Atil. tutore.
(3) L. 8. de tutelae et ration. (27. 3).
(4) De frequenti hac hypallage vide intt. ad Festum v. *potitus*, et quos laudat Smallenb. in notis ad L. 15. pr. ex q. c. maj. et ad L. 10 de test. mil. (29, 1).
(5) Argumento L. 5. § 1 et 2. de capt. L. 3. § 12 et L. 5. § 5. de re milit. (49, 16).

CAPUT I.

DE CONDITIONE CAPTIVORUM, EORUMQUE FAMILIAE RATIONE HABITA JURIUM PERSONALIUM.

Sectio I.

DE NUPTIIS ET DE PATRIA POTESTATE.

§ 1.

An matrimonium dirimatur captivitate conjugis alterius utrius, quaestio est a multis agitata, et de qua in utramque partem disputari solet. Non est, quod varias Vv. Dd. opiniones exponam et sub examen revocem; sed brevitati studens, quid mihi tandem in re dubia ad veritatem proxime accedere visum sit, proponam, non neglectis iis, quae alii ante me monuerunt.

Quum captivus et civitatem et libertatem amittit, quamvis reversus utramque recipiat, servus autem a nuptiis prohibetur, summi juris principiis omnino conveniunt verba Pauli, quae leguntur in L. 1. D. de divort. (24, 2), et confirmantur a Tryphonino, in L. 12. § 4. de capt., quum scribit: »*captivi uxor,* »*tametsi maxime velit*, *et in domo ejus sit*, *non* »*tamen in matrimonio est*." Fuerunt quidem, qui verba Pauli ad captivitatem quinquennio longiorem restringerent, sed illi alterum locum non attigerunt. Nos autem, quominus iis adsentiamur, movemur

aliis testimoniis, quae sunt in L. 8. et L. 14. § 1. de capt., et sic statuimus, ante legem Papiam Poppaeam certe plenam relictae conjugi libertatem fuisse novas nuptias ineundi, et, si forte captivi reditum exspectare maluerit, non ipso jure, sed novo demum consensu redintegrari potuisse nuptias. Verum non negligendum est, quod in L. 8. de capt., desumpta ex Pauli L. III ad l. Juliam et Papiam, dicatur uxor a marito jure postliminii recipi, cum voluerit ipsa, et adhuc alii *post constitutum tempus* nupta non sit.

Haec enim, si ab ipso Paulo profecta sunt, nec Triboniani manum experta, probant, celeberrima illa lege cautum fuisse, ne temere captivitate divellerentur nuptiae, tempore scil. constituto, quo elapso demum novae nuptiae copulari possent. Praesto est alter Juliani locus, in L. 6. de divort., qui multum lucis affert, et melius utique ad partes vocatur, quam dubia admodum et infirma Quinctiliani (1) auctoritas. Docet igitur ille, uxorem captivi temere ad alias nuptias transire non posse: prohiberi eam, quamdiu de vita mariti constat, nisi velit causam repudii praestare i. e. dote mulctari: posse vero eam post quinquennium denuo nubere, quum incertum esse coeperit, maritusne vivat, an diem obierit supremum: denique idem juris observandum esse in marito, qui, uxore captiva, temere secundas nuptias contraxit. Ex quibus omnibus hoc

(1) Vid. Quinctil. fragm. declamationis mutilum, quod legitur p. 434. ed. Burm. et declam. 347, ad quos locos intt. provocare solent. Sed neuter satis huc pertinere videtur.

manifestum est, primum in lege Papia-Poppaea, tum in Edicto perpetuo (cujus scil. auctor erat Salvius Julianus) jus s. licentiam divertendi ob alterius conjugis captivitatem eodem fere modo circumscriptam fuisse, atque postea factum est a Justiniano, cum alibi, tum in Novella 22. C. 7., si modo leges laudatae Paulum et Julianum auctores habeant, nec postea interpolatae sint. Quum autem plerique interpretes (1) de illarum αὐθεντίᾳ dubitarunt, operae pretium erit eorum argumenta recensere, ne temere ab iis discedere videar. Princeps Cujacius in notis ad praef. Instt. Just. significavit orationis genus satis per se prodere, inscriptionem L. 6. esse falsam, atque hanc suam opinionem copiose exposuit in enarratione Novellae 22. Sed ut facile concedo, innumeras fere Triboniani interpolationes in Digestorum libris contineri, ita exempla desidero legum prorsus fictarum. Tum minime stilum Juliano indignum puto, et necessario ex illa Novella pendentem, quasi vero (nam hoc unum exemplum affert Cujacius) legis auctor non potuisset scribere *temere*, nisi ei ante oculos fuisset κατὰ προπέτειαν in Nov. laud. Neque fuisse, cur alios offenderet locutio *migrare ad alias nuptias*, eleganter monet Herm. Cannegieter, Obss. J. R. I. 10. p. 65, quibus illud addo, formulam *suum jus habere immutum* i. e. integrum Paulo quoque familiarem fuisse (2). Denique, id quod est gravissimum, prodiit

(1) Recenset eos Wielingius, Lectt. J. C. II. 13. Cff. Schultingii et Smallenburgii adnott. ad L. 6. de divort.

(2) L. 44. pr. de bonis libert. (38, 2).

ea Novella A°. 536, adeoque triennium post promulgatos Digestorum libros. Hanc difficultatem primus vidit Wielingius, elegantis doctrinae vir, eamque ita vitari posse intellexit, si constaret simile quid vel a superioribus Imperatoribus, vel ab ipso Justiniano in priore Codice praeceptum fuisse. Praesidium opinioni suae petiit ex praefatione Nov. 22, unde tamen nihil certi affirmari potest, quoniam ibi tantum universe de cura cum aliorum, tum sui ipsius in coercendis secundis nuptiis loquitur Imperator. Postremo, quum profitetur idem, hanc matrimonii dissolutionem a veteribus (παρὰ τῶν πρὸ ἡμῶν) adnumeratam fuisse iis, quae bona gratia fierent, nulla causa est, cur haec verba minus pertinerent ad praecedentem πενταετίας mentionem, quam ad reliqua omnia.

Patet igitur ex his omnibus argumenta, quae contra fidem legis laud. attulerunt Vv. Dd., non ea esse, quibus continuo credendum sit. Quamobrem sic statuo, Paulum in libris ad Edictum, vel definitionem, quae legitur in L. I. D. de divortiis, uberius explicuisse, vel antiquiora tempora respexisse, quod idem de Tryphonini Pomponiique locis laudatis dicendum est: eundem vero alio loco et Julianum jus lege Papia Poppaea Edictoque Perpetuo sancitum, suàque aetate receptum tradidisse. Nam quidni, quaeso, Tribonianus, duobus locis novissimum jus veteribus JCtis supponens, exiguâ operâ tribus vocabulis *post constitutum tempus* additis reliquos locos sanavisset? praesertim quum hi iisdem titulis, atque illi contineantur. Sed jam nimis multa de hac quaestione: quid postea factum sit, videamus.

§ 2.

Justinianus, matrimonii sanctitatem cogitans et fortasse salutis publicae interesse judicans, ne nuptiae novae a conjuge relicto temere contraherentur, jus Pandectarum recepit in Novellam 22. C. 7, (1) eamque aliquot annis post confirmavit Novella 117. C. 12, quarum argumentum vivo etiam Imperatore in compendium redegit Julianus, Antecessor Constantinopolitanus, Constit. 36. § 132. Longius etiam progressus est Leo Imp. (2) in const. 33, qua sancivit, ut, etiamsi quinquennii mora observata esset, conjux reversus tamen novi matrimonii dissolutionem postulare posset, suamque uxorem repetere, utque in posterum conjugi relicto non prius liceret ad secundas nuptias migrare, quam certo de morte captivi constaret, qua comperta annum luctus observari debere; sin minus, adulterii poena novos conjuges teneri, iisque poenis obnoxios esse, quas Justinianus in Nov. 117 C. 11 in eas mulieres scripsit, quae occupato in expeditione marito novas nuptias contraxissent.

§ 3.

Disputatum fuit inter veteres, utrum id quod de ingenua diserte cautum erat, ad libertas quoque

(1) Quaerenti, quid novella lege opus fuerit, si jam antea ea de re cautum fuisset, satisfacit H. Cannegieter, l. l. p. 64.
(2) De constitutionum Leonis auctoritate disputat Cujacius, Obs. XVII. 31.

traheretur, an iniquiore hae conditione uterentur. Attingit illam quaestionem Ulpianus in L. 45. § 6. de ritu nupt. (23, 2), dum versatur in explicando capite legis Juliae »*Invito* i. e. non consentiente *patrono libertam, quae ei nupta est, alii nubere non posse,*" et sententiam Juliani, connubium ipsi denegantis ita profert, ut ipse magis contrariae opinioni favisse videatur. Et profecto multae rationes excogitari possent, quibus utraque pars niteretur: provocat Julianus ad patroni reverentiam, cui sane addatur spes postliminii et ingens aliis in causis discrimen, quod ingenuas inter et libertas obtinere solebat: dissentientes opinioni suae praesidium petebant ex ipsis legis verbis, in qua sine dubio non distinguebatur, quicquid dicant interpretes Graeci, qui quod interpretationi JCtorum debetur, ipsi legi Juliae tribuunt (1).

§ 4.

Insignis locus in hac quaestione, quique simul viam munit ad jus patriae potestatis, est L. 25. D. de capt., qua rescriptum Severi et Antonini continetur in causa peculiari, ubi uxor cum marito capta apud hostes enixa erat, et filius iste sive cum utroque parente, sive cum matre sola in patriam redierat. Quaestione enim ad summi juris principia exactâ dicendum fuisset, inter parentes eos non

(1) Cf. Wieling. Lect. J. C. II. 11, 7, qui optime refutavit eos, qui nimis cupide dissensum inter Ulpianum et Julianum tollere student.

matrimonium fuisse, sed contubernium (1), filiumque adeo patriae potestati subjici non debuisse: sed noluerunt illi matrimonium hoc casu dissolutum videri, quoniam non defuit affectus, quo censetur matrimonium, illudque non inepte jure postliminii confirmari possit. Accedit, quod, quum alterutro conjuge capto nuptias olim dissolvi suaderet publica utilitas, ne relictus conjux novas nuptias inire impediretur, et ipsa juris civilis ratio, plane contrarium obtinebat utroque capto. Humanissime igitur Imperatores in hanc sententiam rescripserunt, et voluerunt liberos apud hostes susceptos, si cum parentibus revertantur, eodem loco esse ac si in civitate e justo matrimonio nati fuissent (2). Sed apud hostes conceptus filius ita demum filii jura habebit, si postliminio redierit, L. 9. eod. i. e. si parens uterque in civitatem fuerit restitutus, ut est in L. 1. C. h. t., qua ipsum rescriptum continetur. Caeterum, si cum matre sola revertatur, spurius habebitur, quia pater apud hostes moriens existimatur eo tempore diem suum obiisse, quo captus est. Quum igitur eo casu nuptiae patrem non demonstrant, sequitur ut incerto patre natus filius censeatur, neque admittatur ad legitimam patris successionem, quamvis idem ex SCto Tertylliano matri heres futurus sit (3).

Quod jus quum Justinianus intactum reliquerat, *Leo* in Const. 36 eam iniquitatem sustulit, et ra-

(1) Paul. Sent. II. 19, 6. L. 14. § 2. de ritu nupt. (23, 2).
(2) Cf. L. 1. § 1. extr. de suis et legit. (38, 16).
(3) Paul. Sent. IV. 10. I. L. 1. § 3. ad SCtum Tert. (38, 17) et § 7. J. eod.

tionibus haud contemnendis motus constituit, ut hi, sive in civitate concepti essent, sive apud hostes, reversi in civitatem semper parentum hereditatem cernerent.

§ 5.

Quum captivus servus hostium factus maximam subit capitis deminutionem, consentaneum erat eundem, omnibus familiae vinculis disruptis, amittere jus patriae potestatis. Paul. Sent. II. 25. 1. Verum enimvero hujus juris tantus erat favor, ut esset in suspenso (1) reversusque liberos in potestate haberet: quin quaesitum fuerit (2), mortuo patre apud hostes, utrum filii sui juris fuerint ex hoc tempore, quo mortuus est ille, an ex eo, quo captus est. Vicit tamen posterior ratio (3). Fieri autem potest, ut post multos annos nec reversus sit pater, nec certus de ejus morte nuntius allatus: quid tum interea? potestne filius uxorem ducere, filia nubere? De filia quum nihil monuere JCti, suspicor eam etiam sine patris consensu, ad exemplum filiae furiosi, recte nuptias contrahere potuisse, eadem ratione in utrisque valente, quod patri

(1) Cf omnino L. 1. § 1. de SCto Maced. (14, 6), quae imprimis huc pertinet, sed explicatione nihil eget, et L. 22 § 1. ad l. Corn. de falsis (48, 10), ubi de filio capto agitur.

(2) Gaj. I. 129.

(3) L. 12. § 1., L. 22. § 2. de capt., § 5. I. quibus modis jus p. p. solv., Theophilus ibid. qui rem exemplo illustrat, quod repetitur Basilic. XXXI, 4. et apud Harmenop. Prompt. I. 17, 5, sq.

invito suus heres non agnascatur, adeoque ad hunc casum trahi posse, quod de sponsalibus docetur, patrem filiae consentire videri, quum non evidenter dissentiat (1). De filio non convenit inter veteres JCtos. Ulpianus in L. 9. § 1. de ritu nupt. illi facultatem uxorem ducendi tunc demum concedendum putat, si pater non intra triennium revertatur: Julianus vero in L. 11. eod. nuptias ante id tempus contractas legitimas censet, dummodo talis sit uxor, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum. Quibus verbis, ut mihi certe videtur, non magis impedimentum, quam amicum consilium prudensque adhortatio continetur. Precarium enim admodum foret tale matrimonium, si pater reversus repudium imperare posset ob eam solam causam, quod conditio ei displiceret, qualis inhumanitatis exemplum habemus in declamatione 257, quae sub Quinctiliani nomine fertur. Optime autem sensum illorum verborum declaratur praecepto, quod proprie alio spectat, in conjunctionibus nimirum non solum quid liceat considerandum esse, sed et quid honestum sit (2): cui si satisfactum erat, pater non temere debebat turbare bene concordans matrimonium, ipsique injungebatur, ne acerbe potestatem suam exerceret (3). Juliano longius etiam progreditur Tryphoninus in L. 12. § 3. de capt. simpliciter affirmans, filium captivi uxorem ducere posse, nepotemque ex eo natum avo reverso vel invito suum

---

(1) L. 7. § 1. de sponsal. (23, 1).
(2) L. 42. de ritu nupt. (23, 2).
(3) Paul. Sent. V. 6. 15. Ulp. L. 1. § 5. de lib. exhib. (43, 30).

heredem exsistere, »*quia illius temporis conditio* »*necessitatem faciebat, et publica nuptiarum uti-* »*litas exigebat*" quae ipsa majestate patria Romanis potior esse solebat (1).

Ut igitur universe affirmare non dubito, honestatem quidem et pietatem suasisse, ne nuptiae inirentur sine parentum consensu, jussum tamen parentis non ita necessario requiri, ut ratihabitio non sufficeret (2): ita vix dubium est, quin praevaluerit eorum opinio, qui negarent tempus triennale esse exspectandum. Neque enim assentior A. Fabro (3) in utroque fragmento laud. Triboniani manum agnoscenti, etiamsi non nego parum eleganter in Juliani fragmento vocabula *matrimonium vel nuptias* jungi, quales ingratas repetitiones Justiniani aetate usurpatas fuisse multis exemplis probari possit.

§ 6.

Non aliena est ab hoc loco quaestio, an captivus adoptari potuerit (4)? Etsi nihil de ea re monetur, negando tamen respondendum erit. Quum enim adoptio profecta sit e jure civili, ejus certe particeps non esse potuit captivus, ad quem non temere traduxeris id, quod de absente non adoptando do-

(1) L. 14. § 4. de mun. et hon. (50, 4).

(2) Contrarium docetur in princ. I. de nuptiis. At vide Fragm. Vatic. § 102. coll. Pauli Sent. II. 19. 2.

(3) Jurispr. Papin. Tit. X. pr. 4. ill. 5.

(4) Adrogari eum non potuisse, apparet e L. 2. pr. D. de adopt. (1, 7), desumpta e Gaji Instit. I. 99. Cf. Gellius. N. A. V. 19.

cetur (1), ne scilicet ignorans et fortasse invitus redigeretur in patriam potestatem extranei. Ea tamen erat juris postliminii natura, ut haud inepte statueris, potuisse captivum in nomen et bona civis Romani testamento adsciscì (2). Ea porro, quae de adoptione dicta sunt, etiam de emancipatione valere, verbo monuisse sufficiat, quum absurdum sit captivum emancipari a patre, cujus potestati ipso facto exemptus sit.

§ 7.

Lubet etiam hoc loco pauca quaedam de jure dotium addere, quoniam id arctissime cum loco de nuptiis conjunctum fuisse constat. Prima quaestio, quae hic usu venit, est, quis patre capto dotem filiae daturus sit? Respondet Ulpianus (3) praetorem vel praesidem provinciae, ratione habita facultatum captivi, decreturum esse dotem, quae non minus profectitia censetur, quam si ab ipso patre data fuisset. Et prouti hoc casu puellae ipsi conceditur actio de dote constituenda, sic post mortem mariti actio de dote repetenda eidem competit, auctore iterum Ulpiano (4), quum alias dotis profectitiae repetitio patri cum filia communis esse soleat (5): datur autem haec illi actio ea conditione ut caveat de rato, i. e. ut datis fidejussoribus spondeat patrem rever-

(1) L. 24 et 25. § 1. de adopt. (1, 7).
(2) De hoc more, qui improprie adoptio per testamentum dictus est, agit Heineccius, Ant. Rom. I. 11. 18.
(3) L. 5. § 4. de jure dot. (23, 3).
(4) L. 22. § 11. sol. matr. (24, 3).
(5) L. 2. § 1. eod.

sum rem ratam habiturum (1). Pertinet huc quoque Pauli fragmentum in L. 8 de pact. dotal. Quoniam enim pacta, quae dotis nomine fieri solent, inter omnes eos fieri oportet, quorum interest (2), necessitas suasit, ut filius filiave captivi cum uxore maritove futuris paciscerentur, etiamsi patris causa ageretur. Ipsa enim res postulare videbatur, ut hoc casu qui matrimonium iniret, pacta etiam dotalia faceret, quae pater reversus rata haberet, ne aliter eodem tempore liberi nec sui juris, nec in patris potestate fuisse viderentur (3).

§ 8.

Excitandum item h. l. est aliud Pauli fragmentum (4), ex quo discimus stricto jure nuptias ita diremptas fuisse captivitate, ut dubium esset, utrum morte an divortio solutae viderentur: humanius tamen visum esse, captivitatem morti comparare. Est autem illa quaestio non levis momenti, ubi agitur de repetenda dote. Solet enim dos a patre profecta, filia sine liberis mortua, ad patrem ejusve heredes redire (5): eadem vero, nuptiis divortio solutis, non redit ad patrem, sed manet penes filiam, si scilicet e patris potestate exierat (6): jam vero filia apud

(1) L. 22. § 10. eod.
(2) L. 1. § 1. et L. 7. de pact. dotal. (23, 4).
(3) Sic scripsit Constant. Imp. in simili causa, in L. ult. § 1. C. de sent. passis (9, 51).
(4) L. 56. sol. matr. (24, 3).
(5) L. 8. § 4. de bon. damn. (48, 20), L. 4. C. sol matr. (5, 18).
(6) L. 71. de evict. (21, 2).

hostes mortua, perinde observantur omnia ac si nupta decesserit et, etiamsi in potestate non fuerit patris, dos tamen ab eo profecta ad eum revertetur (1).

§ 9.

Postremo monendum, JCtos in illustri de donationibus inter virum et uxorem loco, captivos non neglexisse, ejusque rei argumentum praebere Ulpiani (2) disputationem, quae pertinet ad casum singularem, quum ambo ab hostibus simul capti sint, indeque vel neuter redeat, vel alteruter. Enumeratis ibi nonnullis, quae ad dirimendam quaestionem aliquid momenti afferunt, ex sua quidem opinione donationes valere scribit. Quum autem parum constabat, an donatio in persona conjugis relicti vel postea reversi valeret, altero apud hostes vel antea in civitate mortuo, Justinianus nodum solvit, firmamque esse in utroque casu donationem censuit (3).

(1) L. 10. pr. sol matr. coll. L. 5. C. eod.
(2) L. 32. § 14. de donat. int. v. et ux. (24, 1).
(3) L. ult. C. eod. (5, 16). — Cf. de Retes, lib. sing de donat. inter virum et uxorem, C. 10 § 7. sq. in Thes. Meerm. T. VI. p. 697, sq.

Sectio II.

DE TUTELIS.

§ 1.

Generalis est regula, omnem tutelam cessare, si vel pupillus vel tutor ab hostibus captus est (1), quoniam neque ea geri potest a servo hostium, neque aliter locum habere quam in capite libero. At quum neutro casu tutela plane finitur; videndum quid tunc fieri oporteat. Pupillo capto, ejus quidem persona tutoris ope non amplius indiget, sed providendum ne ejus bona interim pereant (2). Curator igitur bonis est petendus in urbe a praetore, in provinciis a magistratibus municipalibus, quod munus imponitur matri superstiti, quae officio hoc neglecto amittit jus succedendi in bona filii ex SCto Tertylliano (3). Matre praemortua in ejus locum avia illud suscipere debet (4), qua et ipsa deficiente, onus hoc imponi suspicor agnatis, quandoquidem illis tum successionis spes nascitur (5). Alia vero res est, tutore capto; quia scilicet in ejus persona tutela finitur, quamvis illam jure post-

(1) L. 14. § 2. de tutelis (26, 1).

(2) Obiter indicare juvat notam ad Bas. XXVIII. 5. T. IV. p. 303 C, unde liquet tutorem pupillae captae, licet proprie non sit tutor, periculum tamen tutelae praestare.

(3) L. 2. § 23 et 30 ad SCtum Tert. (38, 17).

(4) Ibid. § 28.

(5) Ibid. § 47. coll. L. 1. pr. de legit. tut. (26, 4).

liminm possit redintegrare (1), novus tutor ex lege Atilia dabatur (2): et, quum locus est judicio tutelae, conveniri possunt capti tutoris fidejussores, defensor s. is, qui causam captivi sine mandato suscepit (3), aut etiam curator, qui bonis ejus constitutus est, de quo infra dicemus (4).

Atque ea, quae dixi, non tantùm valent in tutela testamentaria, sed etiam in tutela agnatorum et patronorum legitima. Nam si proximus agnatus, ad quem tutela pertinet, apud hostes detinetur, quamdiu spes est eum rediturum, tutela non defertur agnato remotiori, sed interim a praetore tutor datur (5). Et non est quod dubitemus, quin plerumque hic ipse agnatus a praetore sit datus: fac vero causas adfuisse, ob quas alii potius tutela mandaretur, et nuntium afferri de morte tutoris captivi, quid tum? remanebitne tutela apud tutorem Atilianum, an vero illam petere poterit is, qui nunc proximus factus est? Hoc verius puto, utpote imprimis aptum indoli juris Romani, quum contrariae opinionis praesidium non satis recte peteretur e L. 12. de tutelis, ubi Paulus in universum locutus, tutelam legitimam non adeo cogitasse videtur. Similiter tutela non transit ad filium patroni capti, sed aut alius tutor a praetore datur,

(1) L. 8. de tut. et ration. (27, 3).
(2) § 2. I. de Atil. tut. desumpta ex Gaji. I. 187.
(3) Cujac. ad L. III. tit. 3. Dig.
(4) L. 7. § 1. de tut. et ration., L. 4. § 5. rem pup. salv. (46, 6).
(5) L. 1. § 2. de leg. tut. (26, 4).

aut si plures sint patroni, reliqui soli tutelam gerunt (1).

§ 2.

Pertinet huc duplex locus, de quo aliquid dicendum est. Alter, intellectu haud difficilis, est Ulpiani in L. 6. § 4. de tutelis, ubi docet impuberi filio captivi tutorem dari non posse, quia patria potestas, cujus imago est tutela, exstincta non est, sed pendet, et impubes hic est, neque tamen pupillus (2). „Sed si datus fuerit," sic pergit JCtus, „an in pendenti sit datio, quaeri potest." i. e. dubitari tamen potest, an forte tutor recte detur. At respondet negando, ne patre reverso eodem tempore impubes in patria potestate et in tutela fuisset. Quumque tutoris datio ad eos actus legitimos pertineat, qui vitiantur tempore vel conditione adjecta (3), ne tutor quidem impuberi dari potest in eum casum, si pater non revertatur. Interim tamen, ne res ejus familiaris deminuatur, damnive quid patiatur, curator bonis constitui solebat.

§ 3.

Alter ejusdem auctoris locus in L. 15. eod. vehementer exercuit interpretum sollertiam, quorum omnium commenta referre, supersedeo: hoc unum

(1) L. 3. § 5. de legit. tut.
(2) L. 239 pr. de V. S.
(3) L. 77 de R. J.

monuisse sufficiat, nullum eorum mihi omni ex parte probari. Verba legis haec sunt: »*Si quis tutor* »*non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos* »*quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut* »*transfugerit: quia servus non efficitur, tutor* »*manet: sed interim a praesidibus alius tutor* »*dabitur.*" Noodtium (1) statim offendunt illa *quasi legatus*, quum non opus sit monere, legatum non fieri servum et manere tutorem; quapropter legi jubet *quasi lege* aut *qua lege*. Sed nullam equidem emendationi locum esse puto, sive *quasi* pro *tamquam* dictum accipias, sive propria vi additum censeas. Illud si voluerit Ulpianus, verba defendi possunt ex diligentia, qua saepius JCti ea monuerunt, de quibus vel omissis nullum dubium esset: — sed praestat fortasse distinctionem quaerere inter *legatum* i. e. eum, qui publica auctoritate ad hostes mittitur (2) et *quasi legatum*, qualem imperatores sine decreto senatus ad hostes mittunt, ut de urbe tradenda, mortuis sepeliendis, similibusve agat, et quo fortasse pertinent *legationes militares*, quarum mentionem facit Capitol. in Pertin. C. 9 (3). Quae sequuntur *aut etiam receptus ab eis (sit)* varie tentata, sed nondum satis explorata sunt. Videamus an ex iis, qui *ab hostibus recipiuntur*, aliquis tutor manere potuerit.

---

(1) Ad tit. Dig. de tutor. et curat. dat. Opp. T. II. p. 431.

(2) Varro de L. L. p. 242 Speng. Cf. Brissonius de Form. II. c. 153.

(3) Sic certe Is. Casaubonus ad l. l. Cf. Dirksen Civil. Abhandl. I. p. 399 seqq. — Aliam explicationem profert Cl. Salmasius ad l. l.

Recipiuntur ab hostibus *dediti a patre patrato* (1); *qui se dedunt* (2); *exsules* (3); et *transfugae* (4).

De transfuga hic non agi, si sequentia *aut transfugerit* sana sunt, certum est; qui autem vel suo facto vel populi jussu deditur, et civitatem amittit et libertatem: hic igitur fit servus hostium, contra atque h. l. docetur, atque receptus civis esse desinit, nec adeo tutor esse potest. Solus exsul receptus non fiebat servus hostium. Neque tamen hunc tutorem mansisse credo. Scio equidem exsules habuisse testamenti factionem activam, eorumque testamenta Romae valuisse (5), donec hac eos facultate privaverit Tiberius Caesar (6): bonorum item possessionem secundum exsulum tabulas ex edicto datam fuisse (7): et, quod maximum est, de tutore in exsilium misso caveri (8), eum manere tutorem, si ad tempus exsulare jussus sit, et interim in ejus locum dari curatorem; sin in exsilium perpetuum missus sit, *posse* se excusare, non removeri. Sed, re accuratius considerata, ne de exsule quidem verba accipi posse intellexi. Primum enim puto leges de tutore exsule relatas spectare talem, qui vel in certum locum relegatus sit, vel certe ad gentem sociam

---

(1) Cic. de Orat. I. 40, L. 4. § 1. de capt., L. ult. de legation. (50, 7).
(2) Liv. XXIV, 30 extr. XL, 16.
(3) Liv. XXXIX, 51. Tacit. Ann. IV. 63.
(4) L. 51. pr. de acq. rer. dom. (41, 1).
(5) Tacit. Ann. l. l.
(6) Dio Cassius LVII. p. 618.
(7) Cic. Topic. 4.
(8) L. 28. § 2. et L. 29. de excusat. (27, 1.); L. 14. § 3. de solut. (46, 3). Cf. etiam Cicero Philipp. V. 5.

amicamve Romanis, non ad hostes, se contulerit: porro in ejus locum non tutor erat constituendus, sed curator (1), quod secus erat in relegato (2): denique quum recipi ab hostibus imprimis dicatur deditus, Ulpianus alium cogitans diserte id addere debuerat, et verba in hunc fere modum erant refingenda: *aut exsul receptus ab eis:* quae emendatio audacior videtur. Accedit quod hac ratione alia difficultas remanet in illis *aut transfugerit.* Neque enim copiosae et acutae interpretum nonnullorum disputationes (3) id efficiunt, ut unquam crediderim transfugam tutorem mansisse, qui, etsi servus non fit, ad hostes tamen se confert, cuique propterea jus postliminii diserte denegatur (4).

Quum igitur non temere statuisse mihi videbar, verba ut nunc leguntur aliquo mendo laborare, virorum doctorum conjecturas circumspicere coepi. Et priora quidem levi mutatione sanari posse vidit Noodtius, pro *aut etiam rec.* legens *haud etiam receptus ab eis;* quae mutatio eo facilior est dicenda, quod aspirationem (*h*) in antiquis Codd. plerumque fuisse omissam, inter omnes constat (5). Locus ita constitutus accipiendus est de dedito, nec recepto, quem reversum in patriam civem manere,

(1) L. 1. de solut.
(2) L. 4. C. in quibus casibus tutorem etc. (5, 36).
(3) Parum satisfacit Cujacius, Observ. IV. 9. merito notatus ab J. F. de Retes in Thes. Ott. V. p. 1204 sq.: melius rem exposuit Lyclama, Membran. V. 17. et imprimis VII. 35. § 1.
(4) L. 5. § 1. de cap. min. (4, 5.) L. 14. quib. ex caus. maj. (4, 6). L. 19. § 4. de capt.
(5) Cf. Eckhard, Hermen. Juris, 1. C. 2. § 81.

(atque tutorem esse posse), multi veterum crediderunt, frustra contradicentibus aliis (1). At vero difficultate, quae reliqua erat, expedire se non aliter potuit V. Cl., quam delendo seqq. *aut transfugerit*. Hoc vero est nodum rescindere, non solvere. Neque igitur hunc probo, neque reliquos, quorum alius *haud transfugerit*, alius *ut transfugerit*, alius *alio transfugerit* legendum censet (2). Ipse verba sic distinguo: — *aut etiam receptus ab eis, ut transfuga, erit*; eamque lectionem paucis confirmare conabor. Primum sic restituitur Ulpiano verbum substantivum *erit*, quo aegre carebamus antea: tum moneo haec intelligenda esse de simulato transfuga seu speculatore, qui eo consilio ad hostes transit, ut quid illi moliantur cognito, principibusve ad defectionem sollicitatis, ad suos redeat (3). Vere autem de legato, deque tali transfuga dici potest, manere eos tutores, quum neque libertatem neque civitatem amittant, et rei publicae causa abesse videantur.

Porro neuter vel minimam capitis diminutionem patitur, adeoque non solum alias tutelas conservat, sed etiam tutelam legitimam, ita ut nunc legis verba latissimo sensu sumere liceat. Denique quum ceteroquin fere in locum tutoris absentis curator constitui soleat, hac demum ratione extrema legis

(1) Cic. p. Caec. 34. Topic. 8., Pomponius in l. ult. de legation.

(2) Vid. Schult. et Smallenb. ad l. nostrum.

(3) Cf. Nic. Antonius, de jure exsulum I. 8 extr. in Thes. Meerm. III. p. 28, qui eandem sententiam tuetur. Dissentit vero Lyclama, l. l., cujus explicatio placet Glückio, Erlaut. der Pand. T. XXXI p. 133 sqq.

verba, *tutor manet, sed interim — alius tutor dabitur* rite explicari possunt (1).

Absoluto hoc loco nihil admodum invenio, quod de tutela ratione captivorum addam, nisi hoc unum liberos bello captos olim certe profuisse patri ad excusationem tutelae aliorumque munerum personalium (2), donec Imperatori Philippo contrarium constituere visum sit (3).

CAPUT II.

DE CONDITIONE CAPTIVORUM EORUMQUE FAMILIAE RATIONE JURIUM REALIUM.

Sectio I.

DE CURA BONORUM CAPTIVI.

Locum gravissimum de possessione et usucapione praecedat brevis disquisitio de cura bonorum, quae captivus in civitate reliquit. — Quod supra monuimus, patre ab hostibus capto, impuberis relicti curam committi curatori, idem in reliquis quoque

(1) L. 12. de tutelis (26, 1).

(2) Fragm. Vatic. § 194.

(3) L. 2. C. de his, qui num. lib. (10, 51).

usu venire solet. Ii enim, qui in servitute detinentur, non possunt habere procuratorem (1); quae res olim incerta erat, quum nonnulli contenderent etiam servo procuratorem esse posse, sed ad liquidum perducta est ab Ulpiano, qui probavit Labeonis sententiam, censentis negotia peculiaria servi posse recte geri a procuratore, eundem actiones intendere litesque suscipere posse, negantis (2). Curator autem hic captivi bonis constitutus personali munere fungitur (3) et satisdare debet (4); neque tamen e captivitate reversus privilegium habet in bona ejus (5) i. e. quum curator male res administravit et solvendo non est, captivus non gaudet potiore jure, quam ceteri creditores, secus atque ii, quibus ipsis curatores dantur (6). Spectatur ejus opera maxime, quando res captivi familiaris aere alieno onerata est, siquidem placuit, ut bona debitoris capti non venirent, quamdiu redeundi spes esset (7), et creditoribus in possessionem missis „*ad custodiam rerum et observationem*" (8), non permitti bonorum distractionem (9), sed interim curatorem dari (10). Atque ita, quum

(1) L. 15. pr. ex quib. caus. maj. (4, 6).
(2) L. 33. pr. de procur. (3, 3).
(3) L. 1. § 4. de mun. de honor. (50, 4).
(4) L. 3. C. de postl. rev. (8, 51).
(5) L. 22. § 1. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).
(6) L. 19. extr.—22 pr. eod.
(7) L. 39. § 1. eod. Paul. Sent. V. 5 B. 2.
(8) Verba sunt Pomponii in L. 12, quib. ex caus. in poss. (42, 4).
(9) L. 21. § 2. ex q. c. majores (4, 6).
(10) L. 6. § 2. q. ex c. in poss. (42, 4).

ipsorum creditorum, qui non possident (1), sed tantum tenent, in possessione sunt (2), maxime intererat, ne bona captivi deminuerentur, videntur hi potissimum a praetore curatorem petiisse, et ex consensu majoris partis plerumque unus ipsorum ad hoc negotium constitutus fuisse, sicuti fieri solebat in curatore dato bonis defuncti et in aliis causis similibus (3).

Neque in his substitit provida Praetoris cura, sed insuper edicto suo cavit, ut, si quid de bonis captivi deminutum sit, beneficium restitutionis in integrum competeret reverso ipsi, ejusve apud hostes mortui heredibus (4); quod JCti humane ad filium in captivitate natum protulerunt (5).

Sectio II.

DE POSSESSIONE ET USUCAPIONE.

§ 1.

In ea parte edicti, qua cavetur de majoribus in integrum restituendis, caput est peculiare de reno-

(1) L. 3. § 8. uti possid. (43, 17), L. 3. § 23. de acq. poss. (41, 2).

(2) Plures, qui in eadem causa sunt, enumerantur in L 9. de rei vindic. (6, 1). Cf. von Savigny, das Recht des Besitzes p. 283.

(3) L. 2. pr. et § 4. de curat. bonis dando (42, 17), L. 8 et 9 pr. de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

(4) L. 14 et 15. pr. ex q. c. maj. (4, 6).

(5) L. 15. § 1. eod.

vanda usucapione: in quo illustrando JCti captivos non neglexerunt, viamque nobis munierunt ad locum de possessione et usucapione explicandum.

Possessio quum acquiritur vel nostra vel aliorum opera, id quidem nulla probatione eget, captivum acquirere illam sua sibi opera non posse (1), quoniam ad eam opus est et animo et corpore, voluntas autem in eo incerta est vel potius nulla, et omnis abest relatio inter ejus personam et rem possessam. Neque etiam per alios possidere incipit; quod tum demum fieri potest, ubi adest vinculum juridicum inter tales personas. At quum potestas captivi dominica et patria in suspenso est, non potest jubere aut servos aut liberos, ut possidere ipsius nomine incipiant: ac multo minus hoc mandare potest procuratori amicove. Alia res est, quando quaeritur de acquirenda possessione e causis peculiaribus i. e. vi peculii, quia hac ratione ipsa possessio civilis ignoranti etiam per servum filiumque familias acquiritur (2), quod ad captivos translatum est (3), quamvis et animus possidendi et ipsa possessoris persona abest.

Quum autem ii, qui in aliena potestate sunt, rem tenere possunt, non possidere (4), sequitur amitti possessionem, quando is, qui possidet, in alterius potestatem pervenit (5). Quorum in numero captivi

---

(1) L. 23. § 1. ex q. c. maj.
(2) L. 1. § 5, L. 3. § 12, L. 4., L. 44. § 1. de acq. possess. (41, 2), L. 8., L. 31. § 3, L. 47. de usurp. (41, 3).
(3) L. 44. § 7. de acq. poss., L. 29. de capt.
(4) L. 49. § 1. de acq. poss., L. 93. de R. J.
(5) L. 30. § 3. de acq. poss.

etiam sunt, qui ita amittunt possessionem, ut ne locus quidem sit postliminio, quod pertinet ad ea tantum quae juris sunt, neque ideo ad possessionem, quam natura sua facti esse optimi auctores docuerunt (1).

§ 2.

Regulae propositae e natura possessionis sponte derivantur et aliis multis augeri possent, nisi praestaret nonnulla fragmenta ex veterum JCtorum scriptis excutere: in quo, quoties erravero, ex legum obscuritate et quaestionis difficultate veniam peto.

Initium facio a L. 23 § 1. de aeq. poss. „*In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo jura rerum suarum singulare jus est: corporaliter tamen possessionem amittunt:* etc." Cavendum, ne hinc colligamus mentem JCti fuisse, captivos corpore amittere possessionem, animo vero retinere, idque singulari jure esse receptum. Obstant enim cum alii loci mox proferendi, tum Javoleni verba, quae continuo adduntur. Sensus verborum hic est: quamvis in captivis singulare jus obtinet, quo jura illis integra maneant, amittunt tamen res, quas ipsi possidebant, sublata scilicet omni relatione ad illas res. Atque quum ii, qui ipsi possidentur, nihil possident (2), ne reversi quidem vacuam possessionem recipiunt, nisi animum

(1) L. 23. § 1. eod., L. 15. pr. de usurp., L. 19. ex q. c. majores.
(2) Cf. L. 118. de R. J.

possidendi externo facto prodiderint. Nihil igitur his prodest fictio postliminii. Eadem fuit Juliani sententia, ut docemur in L. 12. § 2. de capt., ubi distinguitur inter ea, quae captus possidebat ipse, et ea, quae per subjectas juri suo personas possidebat et usucapiebat, vel si qua post captivitatem ab his ex peculio comparata sunt. Secundum Julianum reversus in illa nihil juris habet, interrupta usucapione: horum vero suo tempore impletur usucapio. Neque tamen omnibus ita visum est: nam *eum, qui suo nomine nihil usucapere potest, ne per servum quidem posse*, *Pedius scribit* (1), cujus vestigia secutus est Paulus, qui dominum, cum apud hostes est, per servum possidere negat (2). Neuter tamen, quum talia scriberet, ea cogitavit, quae servi peculiari nomine possidebant (3). Marcellus denique scripsit *nihil interesse, ipse possedisset, an subjecta ei persona* (4); quibus verbis videtur recedere a Juliano, et videri posset cum Pedio et Paulo contendere, usucapionem interruptam esse sive per se sive per subjectas personas possederat. At, ni fallor, longe alia fuit ejus sententia, benignior etiam et latius patens, quam Julianea. Videtur ille existimasse reverso tempus praeterlapsum prodesse, nullo discrimine, utrum per se possedisset, an per subjectas juri suo personas. Julianus igitur satis plene *legis fictionem* sive jus post-

(1) L. 8. § 1. de usurpat. (41, 3).
(2) L. 11. ibid.
(3) L. 29. de capt. Cf L. 44. § 7. de usurp.
(4) L. 12. § 2. de capt.

liminii accepit, et, ut vidimus, plus aliquanto ei tribuit, quam alii fecere; sed ***plenius*** etiam fictionem accepit Marcellus, qui latissime ejus vim extendit, negans idoneam rationem reddi posse, quare reverso plus juris concedatur in his, quae servi egerunt, quam in his, quae per se vel per servum possidebat, quo tempore ad hostes pervenit (1).

§ 3.

Operae praetium erit principium L. 15. de usurp. totum exponere, quo partim ea, quae adhuc disputavi, confirmentur, partim doceatur quid juris fuerit, captivo apud hostes mortuo. Paulus, ex cujus libris ad Plautium locus valde ambiguus desumptus est, hanc quaestionem proponit: »*Si is, qui pro emptore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit: videndum est, an heredi ejus procedat usucapio?*" Fingit igitur aliquem, qui ex causa emptionis possidebat, nondum impleta usucapione, ab hostibus captum esse et apud eos decessisse, et dubitat an ad heredem ex lege Cornelia transferatur sive possessio sive dominium jam acquisitum. Ratio, quare dubitaret, erat quod usucapio interrupta erat et absurdum ipsi videbatur, ut aliquid heredi prodesset (2), quod ipsi quandoque reverso non profuisset. Neque enim putabat successori in jura defuncti aliquid tribuendum esse, quo ipse defunctus carebat. Haec est sententia ver-

(1) L. 15. pr. de usurp. (41, 8).
(2) Cf. L. 120. de R. J. (50, 17).

borum: »*nam interrumpitur usucapio: et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi ejus proderit?*" Quae sequuntur, explicandae hypothesi inserviunt, neque objectionem continent; particulae enim *sed* non inest h. l. vis adversativa, verum idem valet atque *atqui*. »*Sed verum est, eum in sua vita desiisse possidere: ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse.*" i. e. factum possidendi desiit, quum adhuc vivebat captivus, cui ne postliminium quidem quicquam prodest. Quae porro aliquid momenti habent ad quaestionem propositam dijudicandam, nunc omittit, post alia ad eam rediturus. Objici enim poterat, hereditatem vice personae fungi, atque quum captivus apud hostes integris juribus in civitate decessisse videatur, illam regulam efficere, ut usucapiendi conditio ad heredes transferenda sit. Sed in fine principii docetur hereditatem *in quibusdam* tantum vice personae fungi, et negatur in successoribus captivi locum habere usucapionem. Nec ratio, quare in captivis exceptio quaesita fuerit, in obscuro latet. Lex enim Cornelia non tam late patebat, ut facta infecta fingere posset, cui nondum locus est, quamdiu reditus speratur, et qua fictio postliminii et ordine prior et vi potior erat. Non poterit igitur per fictionem legis Corneliae heredibus jus tribui, quod captivo per jus postliminii non restituitur.

Atque haec in foro recepta sunt, si captivus olim per se ipse possederat: *quodsi* (ita pergit Paulus) *servus ejus, qui in hostium potestate est, emerit: in pendenti esse usucapionem, Julianus ait.*

Nam si dominus reversus fuerit, intelligi usucaptum: si ibi decesserit, dubitari an per legem Corneliam ad successores ejus pertineat. Ex L. 12. § 2. de capt. vidimus Julianum non distinxisse, utrum servus ante captivitatem domini jussu, an vero postea ex peculio possidere coeperit: sed hoc tamen loco de postremo tantum casu cogitabat JCtus, sicuti quodammodo efficitur ex Marcelli verbis, et plenissime probatur L. 22. § 3. de capt., ubi eadem illa Juliani sententia legitur, ad quam Paulus provocat. Ex utriusque loci comparatione constat, usucapionem non impediri, quando servus in possessione est', sed dubium esse, utri profutura sit domino an heredi. Domino reverso lucrum hoc conceditur: eo mortuo, Julianus censebat illud per legem Corneliam pertinere ad ejus heredes; alii dubitabant. Ratio, quare nonnullis secus visum fuerit, in eo quaerenda videtur, quod ea, quae contra rationem communem inducta sunt, non temere trahenda sunt ad similes casus (1), ut similis eos retinuerit religio, qua id, quod item jure singulari receptum erat, ut a defuncto coepta usucapio heredibus prodesset (2), non nisi caute produxerint ad inchoandam usucapionem jacente hereditate (3). Postquam Paulus exposuit, quae fuerit Juliani opinio, Marcelli verba adducit, quorum sensum supra indicavi. Videntur illa deprompta esse e notis, quas hic ad Julianum scripsit, quo perti-

(1) L. 14, sq. de legib. (1, 3), L. 141. de R. J. (50, 17).
(2) L. 40. de usurp. (41, 3).
(3) L. 44. § 3. eod.

net vocab. *plenius* initio positum. *Marcellus, posse plenius fictionem legis accipi.* Ordo verborum tantum non jubet ea referre ad ultimam sententiae Julianeae partem; sed interpretes, qui ita judicarunt, frustra conati sunt sequentia ita explicare, ut his conveniant. Multorum argutiae parum mihi placuerunt, multa moliendo nihil profeci, erantque quae obstarent ingeniosae ceteroquin conjecturae, quam amicorum aliquis nuper protulit (1). Tandem me in viam reduxit Unterholtzneri V. Cl. disputatio, qui docet (2) *fictionem legis* nihil aliud esse quam *jus postliminii*, quod Julianus admisit in iis, quorum usucapio inchoata esset per servos, sed quod Marcellus plenius etiam accipiebat, et extendebat ad ea, quae dominus ipse ante captivitatem possedisset. *Quemadmodum enim* (ita quaerendo ratiocinatur JCtus) *quemadmodum enim postliminio reversus plus juris habere potest in his, quae servi egerunt, quam his, quae per se vel per servum possidebat, quum ad hostes pervenit?* Sufficiat indicasse sensum horum verborum: non

---

(1) J. W. Tromp, hujus Academiae alumnus, in thesi, quam mense Decembri superioris anni defendit, verba ita disposuit: »*Marcellus, posse plenius fictionem legis accipi. Quemadmodum enim postliminio reversus plus juris habere potest in his, quae servi egerunt, quam* hic, qui *per se vel per servum possidebat, quum ad hostes pervenit, (nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est), ideoque in successoribus locum non habere usucapionem?*" quae tantum ad ea referenda putabat, quae proxime praecedunt: *si ibi decesserit, dubitari an — pertineat.*

(2) Die Lehre von der Verjährung, p. 229 sq. in adnot.

lubet inquirere in argumenta quibus Marcelli opinio muniri possit, quandoquidem ea explosa, et contraria sententia recepta fuisse videtur. Postremo monendum ea, quae in fine adjiciuntur: *Nam* (1) *hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est: ideoque in successoribus locum non habere usucapionem*, non necessario superioribus adjungenda esse, ut dubium sit, eane a Paulo an vero a Marcello profecta sint. Id certum est, similem iis sententiam contineri, atque ea erat, quam Paulus initio hujus loci professus est; quapropter jam supra ea explicare conatus sum. Hoc loco addendum, successoribus non semper usucapionem denegari potuisse, eamque illis tributam fuisse, quoties aliquid per servos ex peculio possideri coepit.

§ 4.

Principio Legis 15. de usurp. tot diversae quaestiones proponuntur, ut ejus explicatione totus fere locus absolutus videatur. Quaerendum tamen restat, quid juris in iis, quae servus aut filius non ex causa peculii possidere coepit, quum dominus aut pater apud hostes esset. Attingit eam Papinianus in L. 44. § 7. eod. tit. Negat talia jure postliminii patri acquisita esse, propterea quod nihil usucapi possit, nisi antea possessum sit: atqui cap-

(1) Ne quem offendat haec particula, monendum est eam non semper esse causalem, sed interdum transitioni inservire. Bilderdyk, Obss. et Emend. p. 124 sq. ejus vim in h. l. recte explicat. Copiose vir acutissimus ad legem, in qua versamur, commentatus est op. laud. I. 18. et II. 27.

tivus non possidebat ea, quae extra causam peculii a filio servove comparata sunt: ergo reversus nihil etiam juris in ea habet. *Sin autem pater ibi discesserit, (quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur), potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intelligi.* Rem fuisse controversam, apparet ex inscriptione legis, et ex verbis *potest dici et intelligi;* unde conjicio fuisse, qui negarent filio aliquid prodesse, quod patri reverso non profuisset. Sed in favorem liberorum captivi admissa videtur fictio legis Corneliae, qua filius jam antequam possessionem inchoavit patria potestate exemptus fuisse intelligitur, ita ut ab initio sibi possederit. De servo nihil affirmat JCtus; quod ipsum silentium argumento est, hunc in simili causa heredibus vel possedisse, vel usucepisse, quoniam hic bonorum fuit et esse perseverat (1).

§ 5.

Postliminium, quod tantum consistit in iis, quae juris sunt, interruptam possessionem captivo non restituit: sed videndum, an forte reversus in integrum restitui soleret. In L. 19 et 23. §. 1. ex quibus caus. maj. (4, 6) docetur causam facti sive possessionem non contineri postliminio, in L. 20. nec utilem actionem reverso tribui oportere. Leges 18—20 h. t. ordine suo ad priorem edicti partem referuntur, quum potius ad alteram ejus partem

(1) L. 12. § 1. de capt.

pertineant. Confusioni ansam dedisse videtur copula *denique* initio L. 19. posita, cui ea vis tribuenda videtur, ut transitum paret ad applicationem regulae superiore lege propositae. Quae nostra suspicio si probatur, totius loci haec erit sententia: „Majores xxv annis tum demum a praetore auxilium restitutionis impetrabunt, si extra culpam suam damnum passi sunt, non item si lucrum ex alterius poena captant: *denique* i. e. *sic verbi causa* (1) emptori e captivitate reverso non restituitur amissa possessio, nec jure postliminii, nec remedio praetorio." Actio utilis, quae dicitur Publiciana, qua is, qui casu possessionem amisit, fingitur eam rem usucepisse, quam revera non usucepit (2), reverso tribui oportere negat Papinianus „*quum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit; neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.*" Valet ea ratio, quando verus dominus, qui usucapionem inchoatam rumpere potest, ipse fundum occupavit, quem alter usu nondum suum fecerat, ipsaque aequitate commendatur; sed fac, non dominum sed alium quemdam possessionem vacuam invasisse: an etiam hoc casu actio utilis reverso erit deneganda? Etiamsi altum apud veteres super hac re silentium esset, tamen contenderem potiorem esse debere illius conditionem, qui

(1) Exempla hujus significationis affert von Savigny, op. laud. p. 50, 54. Adde L. 1. § 1. de usufr. accresc. (7, 2), L. 2. § 1. sol. matrim. (24, 3), et imprimis L. 1. § 5. de postul. (3, 1).

(2) § 4 I. de action. Gaj. IV. 36.

rem ex causa justa possessam captivitate amisit, quam ejus, qui nullo eam jure possidet. Verum enimvero non fugit hoc Papinianum, teste Ulpiano in L. 23. § 2. h. t.; »*ei, qui per captivitatem fundi possessionem, vel ususfructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait: et fructus quoque medio tempore ab alio ex usufructu perceptos debere captivo restitui aequum putat.*" Quamvis nemini interpretum hoc vinculum inter L. 19 ac 20. et locum laud. observatum fuisse vehementer miror, timidiusque meam suspicionem deprompsi, haec tamen, ni fallor, unica via est, qua et Papinianus negligentiae crimine absolvatur, et § laudata cum reliquis concilietur, quibus alioqui e regione opposita censetur.

Neque enim Cujacius, qui universam possessionis doctrinam male perspectam habuit (1), quicquam bonae frugis de hao § protulit, quum in Quaestionum Papinianearum L. XIII. ad calcem explicationis L. 20. laud. haec adderet: »*Notandum est ad haec — ab hostibus*:" neque admitto Schultingii explicationem, Ulpiani verba ad priorem edicti partem pertinere conjicientis. Mihi videntur veteres hac de re sic judicavisse: postliminio numquam restitui possessionem: sed praetoris esse succurrere reverso adversus novum possessorem, data utili actione, excepto eo casu, quum is verus est dominus. Confirmatur denique jus Pandectarum rescripto Diocletiani et Maximiani in L. 18. C. de postl. rev., ubi legimus ut quae »non utendo finita esse viden-

(1) Cf. von Savigny, Praef. op. laud. p. xx.

tur, intra annum utilem (post reditum) experientibus actione rescissoria restituantur."

Illud etiam notetur in § laud. ususfructus quasi possessionem restitui reverso. Est ususfructus *jus* in re aliena, neque adeo captivitate amittitur, sed in suspenso est. Jam, si vel dominus fundi fructuarii illud jus dominio suo adjunxit, vel alienus usumfructum sibi vindicavit, reverso succurrit praetor, ne damno afficiatur, et is qui medio tempore fructus percepit, eos alteri cedere cogitur.

§ 6.

Propositis Juris Romani praeceptis de possessione et usucapione captivis denegata adversari videtur § 5. I. de action. ubi natura actionis Publicianae contrariae exponitur. Docetur enim ibi, *si quis, cum rei publicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permitti domino, postquam hic hostibus elapsus sit, intra annum rescissâ usucapione rem ita petere, ut dicat alterum usu non cepisse et ob id rem suam esse.* At vero hic agi de ea re, quam qui in potestate captivi erant, usu acquisiverunt ex causa peculiari, tum per se patet, tum totidem verbis enunciatur ab Ulpiano in l. 1. 23 § 3. Et profecto aequum erat providere, ne quando captivus lucrum caperet ex damno alterius, nec aliud remedium supererat praeter hoc ipsum, quum interim servos filiosque familias in possessione turbari non licebat. Si vero captivus apud hostes decederet, actio haec sine dubio adversus ejus heredes competebat.

Caeterum reliqua, quae ab hoc loco non aliena sunt, quibusque illustrari possit titulus Instt. *per quas personas nobis acquiritur*, exponam infra, quando de obligationibus disputabo. Videamus nunc de successione ex testamento et ab intestato, quem locum latissime patentem, peculiari capite absolvam.

CAPUT III.

DE SUCCESSIONE CAPTIVI.

Sectio I.

DE TESTAMENTI FACTIONE CAPTIVI ACTIVA.

Secundum principia juris Romani testamentum apud hostes factum nullam vim habere poterat. Qui enim testamenti factio, quae erat juris civilis ipsisque peregrinis in urbe degentibus negata, concedi potuisset ei, cui civitas pariter ac libertas adempta erat? Si veteres testamentorum formas cogitamus, eis caruisse illum, qui neque comitiis interesse, neque militiae nomen dare, neque mancipare poterat, facile intelligitur: si ea, quae recentiore aetate in testatore requirebantur, spectamus, apud hostes non idoneos testes reperiri, neque jure militari testamentum condi constat (1). Quo-

(1) Ulp. Reg. 23, 10. L. 10. de test. milit. (29, 1).

niam autem quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit, sequitur, ut testamentum a captivo factum ne tunc quidem valeat, si reversus illud confirmat (1). Et nulla hac in re mutatio obtinuit, ne eorum quidem Imperatorum opera, qui de sorte captivorum misera prae reliquis solliciti erant, Diocletianum dico, Theodosium atque Justinianum, donec tandem Leo Imp. in Nov. 40. captivis concederet suam voluntatem coram quinque vel tribus etiam testibus scripto consignare aut voce efferre, eamque ratam fore, modo, ne hostes ipsi heredes scripti essent, decerneret. Fuere quidem, qui jam olim, hunc favorem principum rescriptis sancitum fuisse, contenderent ex male intellecta L. 44. de test. milit., cujus erroris immunia non sunt Basilica (2); at ii non viderunt, aliud esse *deprehendi in hostico* (*ἐν πολεμουμένῳ τόπῳ*) *ibique decedere*, aliud *decedere captivum* (3).

Diversa tamen utebantur conditione, qui a latronibus capti erant, qui, quum liberi manerent et cives, testamentum facere poterant (4). Quia vero de statu suo dubitanti nec testari nec fideicommittere liceat (5), testamenti condendi facultas denegatur, 1°. ei, qui, captivus sit an a latronibus obsessus, nesciat; 2°. ei, qui a latronibus captus per erro-

(1) Paul. Sent. III. 4. 8. L. 8. pr. D. qui test. fac. (28, 1). § 5. I. quibus non est perm. fac. test.
(2) Basil. XXXV. 21. T. IV. p. 817. A.
(3) Cf. L. un. pr. D. de bon. poss. ex test. mil. (37, 13).
(4) L. 13. qui test. fac.
(5) Ulp. Reg. 25, 4., L. 14 et 15. t. l., L. 2. de leg. I. (30, 1).

rem se esse velut servum hostium putat, 3°. denique relegato, qui nihil se a captivo differre putat (5).

In codicillis maturius recessum est a summo jure. Quum enim proprie is demum codicillos facere poterat, qui et testamentum (6), atque codicilli in captivitate facti non valebant, etiamsi confirmarentur testamento antea rite facto (7), postea neglecta juris subtilitate placuit, ut codicilli testamento confirmati post reditum captivi effectum haberent, quasi jus testandi nulla captivitate interruptum fuisset (8). Id quaeritur, utrum ea mutatio jam Tryphonini aetate facta sit, an a Triboniano demum profecta antiquo JCto velut obtrusa sit. Equidem, quamvis miram esse Legis 12. § 5. de capt. rationem confiteor, et orationem Tryphonini perspicuam et non inelegantem desidero, proclivior tamen sum ad illorum sententiam, qui veteris JCti disputationem esse credant. Duo potissimum argumenta eo me impellunt, quorum alterum positum est in singulari codicillorum natura, qua quaecumque in iis scribuntur, perinde habentur ac si in testamento scripta essent (9), cujus fata sequuntur, quasi quoddam accessorium: alterum id est, quod nullum in Codice Justinianeo vel Novellis locum inveniri puto, unde constat sero demum istum codicillis favorem contra juris rationem concessum fuisse.

---

(5) L. 1. pr. de leg. III. coll. L. 8. § 3. qui test. fac.
(6) L. 6. §. 3. de jure codic. (29, 7).
(7) L. 7. eod.
(8) L. 12. § 5. de capt.
(9) L. 2. § 1. de jure codic.

Sufficiant haec de testamentis captivorum apud hostes non condendis: videamus de eo testamento, quod captivus in civitate fecerat. Antiquitus ne hoc quidem valuisse crediderim memor illius regulae, testamentum irritum fieri, si testator capite deminutus sit (1). Ut vero receptum est jus postliminii, a summo jure recessum est, siquidem captivus revertebatur, idemque favor lege Cornelia translatus est ad testamenta eorum, qui apud hostes decederent (2). Hinc factum ut, etsi captivus nec liberos suos nec servos in potestate haberet, utrique tamen vel inviti hereditate obligarentur, licet neque illis nomen suorum, neque his necessariorum recte detur (3), eandem plane lege Cornelia vim in testamenta captivorum exercente, quam lex XII tabularum habet in testamenta civium, unde praeter alia, quae persequi longum sit, sequitur, omnes leges testamentarias, ad eorum quoque, qui apud hostes decesserunt, testamenta pertinere (4), et testamentum tale tum demum confirmari, si captivus, quo tempore illud condidit, testamenti factionem habuerit (5).

---

(1) Gaj. II. 145., Ulp. Reg. 23, 4., L. 6. § 5. de injusto (28, 3), L. 3. § 1. de V. S.

(2) Ulp. 23, 5., Paul. Sent. III. 4. 8., L. 6. § 12. de inj., § 5. I. quib. non est perm. test. fac.

(3) L. 12. qui test. fac. (28, 1).

(4) L. 1. § 1., L. 18. ad l. Falc. (35, 2).

(5) L. 10. § 1. de capt.

Sectio II.

DE TESTAMENTO CAPTIVI VEL CONFIRMATO VEL RUPTO.

§ 1.

Generalia praecepta circumspicere, quibus doceatur quando testamentum captivi vires suas obtineat vel minus, hoc vero esset inanem operam suscipere, quum pro causarum diversitate modo hac modo alia ratione respondendum sit. Praestat singula fragmenta, quae huc pertinent, deinceps exponere, in qua re illud non minimum difficultatis affert, quod saepius testamenta rupta, irrita, injusta non satis accurate ab ipsis veteribus distingui solent. Habemus exempla hujusmodi confusionis in L. 9. sq. de injusto, etc. Quum enim testamentum *irritum* fit, quum auctor capite deminuatur (1), hic legimus patris testamentum non *rumpi*, sive ipse ab hostibus captus fuerit et reversus, sive filius: id est, jure postliminii effici, ut neuter capitis deminutionem passus fuisse censeatur, adeoque testamentum non *irritum fieri* (2), quamvis hoc non impedit, quominus *injustum* esse possit, filio scil. praeterito.

---

(1) Gaj. II. 145., § 4. J. quib. mod. test. inf.
(2) L. 6. § 12. de injusto (28, 3).

§ 2.

His praemonitis, accedo ad quaestiones, quae in L. 15. de inj. et L. 22. § 4. de capt. proponuntur. Aliquis, qui praegnantem uxorem habebat, capitur relicto in civitate testamento, in quo nulla postumi ratio habebatur: nato filio quaeritur, num et quando illud rumpatur? Quin rumpatur nullum dubium est, quoniam, etsi filius non natus sit in potestate patris, neque proprie suus heres (1), tamen conceptus sit ante captivitatem patris, et pro nato jam tunc temporis sit habendus, quia agitur de ejus commodis. Neque putat Javolenus dubium esse, quin *continuo* rumpatur per legem Corneliam. Ea JCti verba prima specie secum pugnare videntur, at optime defendi possunt, si dicamus hanc eorum mentem esse, ut lege Cornelia ita confirmentur testamenta mortuorum apud hostes, ut jam irrita fieri non possint, rumpi agnatione sui heredis possint. Contra lege Cornelia nondum lata, testamentum illud rumpi non poterat, sed irritum erat. Fac vero postumum illum Cornelianum, ut vocatur, ante patrem decedere, dabitne tum praetor bonorum possessionem secundum tabulas scriptis heredibus, an vero hereditas deferetur ad agnatum proximum? Julianus scribit *testamentum nullum esse*, Javolenus *ex eo testamento hereditatem ad neminem pervenire* affirmat. Non quidem diserte his verbis bonorum possessio sec. tabb. excluditur, sed tamen

(1) L. 12. qui test. fac. (28, 1).

illam hoc casu admissam fuisse vix crediderim, quum ea sit legis Corneliae vis, ut pater semper ante filium, captivitate recentiorem, mortuus habeatur. Ad hunc igitur casum extendi non debet rescriptum Hadriani, cujus mentio est in L. 12. de injusto, et temere in Basilicis affirmatur, solam institutionem convelli, cetera, quae in testamento scripta sunt, effectum sortiri (1).

§ 3.

Verbo monendum de L. 39. de test. mil. (29, 1). Privilegium militi concessum, ut patris potestati subjectus libere tamen de peculio castrensi possit statuere, ipso apud hostes mortuo, confirmatur lege Cornelia (2). »*Sed quaeramus*," ita porro legitur, »*si pater ejus prius in civitate decesserit, relicto* »*nepote ex filio, an similiter testamentum patris* »*rumpatur?*" Hoc iterum loco nimia brevitate laborat Paulus, et casum indicare, quam ordine exponere, maluit. Res ita se habet: si is, qui in hostium manus incidit, in civitate relinquit patrem et filium, avus non poterit nepotem instituere, quandoquidem pater captivus huic obstat: avus moritur in civitate ejusque obitum subsequitur nuntius de morte filii captivi: hic igitur, ex quo captus est, mortuus censetur, ita ut nepos successione in patris locum heres suus avo factus, hujus testamen-

(1) Basil. XXXIV. 1, 23. T. IV. p. 767 extr.
(2) Cf. L. 14. pr. de castr. pec. (49, 17), cujus explicationem Cujacius in L. XXVII. Quaestt. Papin. praetermisit.

tum, in quo praeteritus erat, rumpat (1): quaeritur, an similiter testamentum patris rupturus sit? „*Et dicendum est, non rumpi testamentum, quoniam ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse*," i. e. ex illo tempore, quo filium suum non in potestate habuit ipse, sed avus.

Illud imprimis animadvertendum est, quod pater in testamento suo filium captivum recte praeterit, cujus testamentum nihil valeret si in potestate esset filius (2); sed simul cavendum, ne verba *recte eum praeteriit* in l. l. latiori quam par est, sensu accipiamus. Iis docetur nihil aliud, quam hoc testamentum ab initio valere, non esse ipso jure nullum et confirmari captivi morte: sin redeat, injustum erit testamentum, in quo neque institutus, neque exheredatus est (3): si non redeat, sed liberos in civitate reliquit vel apud hostes sustulit, quoniam et his postliminium competit (4), hi rupturi sunt avi testamentum, ut jam monuimus.

---

(1) Cf. omnino L. 9. § 2. de lib. et post. (28, 2), ubi nil opus est conjectura A. Fabri (Conj. X. 12, 27) pro *filii jus pependerit* legentis *illius* i. e. nepotis *jus pependerit*.

(2) L. 31. de lib. et post. coll. L. 7. eod. et Basil. XXXV. 8, 30 sq. T. IV. p. 783. B.

(3) L. 29. § 10. eod., L. 6. § 1. de injusto, ad q. l. intt. disputari solent, utrum *succedendo*, ut scribit Ulpianus, an vero *agnascendo* nepos avi testamentum rupturus sit. Ego parum interesse censeo, quo jure rumpatur, dummodo rumpi constet, et nihil mutandum esse arbitror, argumento L. 13. eod., ubi *successio* vocatur *quasi agnatio*.

(4) L. 6. § 2. eod. L. 9. de capt.

§ 4.

Pertinent ad praesens argumentum nonnullae partes legis *Gallus*, quam unam omnium esse difficillimam interpretes agnoscunt. Agitur in ea lege de institutione nepotum postumorum, quos olim instituere non licebat, quippe personas incertas, donec C. Aquilius Gallus, nobilis aetate Ciceronis JCtus, formulam excogitaverit, qua suppleret jus civile, tolleretque frequentem testamentorum rumpendorum causam. Quae quum sufficere non videbatur, ulterius progressa est lex Julia Velleja, duobus capitibus constans, quam interpretando extenderunt JCti, qui multa ad ejus mentem constituerunt, vel deduxerunt ex commixtis ejus capitibus: quorum duo imprimis memorantur Cerbidius Scaevola, e cujus Quaestionibus fragmentum nostrum desumptum est, et Julianus. — Exemplum quaestionis, de qua neque formulâ Aquiliana neque lege Velleja satis cautum est, habemus in § 6. l. l. Postquam Scaevola superiori § ostenderat ex sententia legis Vellejae deportationis et emancipationis causam non diversam esse a mortis causa, transit nunc ad filium captivum, cujus pater testaturus a duplici periculo cavere debet, ne aut si nepotem pure instituat, filio praeterito, injustum sit testamentum post hujus reditum, aut si aliter faciat, rumpatur. Revera hic testator parum praesidii testamento suo petere potest vel ex jure antiquo, vel ex lege Velleja, sicuti exemplo ostendit JCtus. » *Quid si qui filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxere, ut, si antea quam filius ab hosti-*

bus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Vellejam non pertinet." In priore hac legis parte celebrata Scaevolae concinnitas rem reliquit obscuriorem, nisi forte mala librariorum sedulitas potius erroris fons sit habenda. Equidem loci sensum non satis me assequi fateor, nisi pro *illis vivis* reponatur *illo vivo*, et pronomen *qui* inseratur post illa *post mortem scilicet avi.* Verba sic emendata ita explicanda sunt: Miratur Scaevola diligentiam JCtorum effugisse eam testamenti rumpendi causam, quando avus testator diem obiit, dum filius est apud hostes, et nepos post mortem avi nascitur sive praemortuo etiam patre captivo sive adhuc eo vivo (hoc enim nihil refert). Vere autem sic scribit, quoniam avo nihil proderat hoc casu formula Galli, quando filius decedit post patrem testatorem, neque etiam lex Velleja, quando post mortem demum avi nepos editus est. Idcirco novam rationem confirmandi testamentum avi proposuit ipse Scaevola, voluitque testatorem uti generali formula: *Quicumque mihi post mortem meam suus natus fuerit, heres esto:* quam Tribonianus recipiendo in Digesta sua auctoritate sancivit, quamque confirmavit Justinianus et ad reliquos quoque casus traxit in L. ult. C. de postum. hered. instit. (6, 29). At, re penitus perspecta, non opus erat confugere ad formulam generaliorem, sed sufficiebat hic quoque institutio Aquiliana, modo in auxilium vocaretur lex Cornelia, id efficiens, ut ne-

que filius captivus post patrem mortuus videretur, neque nepos natus vivo filio (1).

Quaestionem memoratam de postumis nepotibus instituendis excipit alia haud multum dissimilis in § seq., his verbis concepta: »*Si ejus, qui filium habeat et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat: utrum hic casus ad legem Vellejam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit? possitque vel ex jure antiquo, vel ex Velleja institutus non rumpere? quod quaerendum est, si jam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert, utrum ex jure antiquo an ex lege Velleja excludatur.*" Ad illa nonnulla adnotabo ad loci intelligentiam necessaria. 1°. avus nepotem ex filio nasciturum ita demum instituit, quando hic ei suus esset; alter non valeret testamentum. vid. § 10. h. l. 2°. non temere fingitur nepos redire *post mortem patris atque avi:* immo necesse est priorem patrem obire, tum avum. 3°. *ibique vivo pariat.* Ita legitur in exempl. Florent. eaque lectio servanda est, utpote universi loci concinnitati egregie respondens, et comparanda cum seq. *redeatque mortuo.* Quod in aliis editionibus est *ibique vivo avo*

---

(1) Mira commenta de § laud. protulerunt Lud. Charondas, Verisim. I. 15. in Thes. Ott. I. p. 724 et A. Faber Conj. IX. 4. Magis utique probanda G. Vallii (Thes. Ott. I. p. 407) sententia, qui contendit jus suitatis in captivis eo inclinare, quo utilitas illud deducit summusque apud Romanos testamentorum favor.

et ejus filio pariat et mox *qui redeat eo mortuo* glossam sapit. 4°. *jus antiquum*, ut *jus civile* apud Ulpianum, Regul. 22, 19 est formula Galli, non vero ut multis visum est Lex XII tabularum. Nomen fluxit fortasse ex eo, quod Aquilius restituit quodammodo liberam de rebus suis post mortem disponendi facultatem, legibus decemviral. concessam, sed paulatim suis finibus circumscriptam. 5°. non constat inter interpretes, utrum verbis *quod quaerendum est — redeatque mortuo* quaestio proferatur ad pronepotem, an vero in nepote subsistat. Posterioris sententiae auctorem se profitetur Cujacius, qui audacter verba *pronepotem instituat* depravata esse affirmat, et *nepotem pariat* in eorum locum substituit. Sed pace tanti viri dixerim, talem mutationem ferri non posse, minimeque in eo, qui modo lectionem librorum *illis vivis* vel levissimo remedio sanari noluit. Quid? quod tantum abest, ut ex illis verbis *quod quaerendum est* appareat speciem non mutari, ut contra eleganter posita videantur pro *atque hoc idem quaerendum est*. Transfert igitur Scaevola quaestionem ad pronepotem, memor eorum, quae modo § 2-4 de illo scripserat: quod vidit Accursius, quum verba *redeatque mortuo* hac glossa explicaret *scil. proavo*. 6°. ad utramque quaestionem respondet JCtus nihil referre, qua ratione nepos proneposve instituatur, sive ex jure antiquo sive ex lege Velleja: neutro enim casu rumpi testamentum. Dicendum igitur est, diversum quid obtinere in casu proposito, quam alias solet, et valere institutionem sive facta sit ex formula Galli, quia nepos reversus agnasci

videtur, sive ex lege Velleja, quia postliminium ei in civitate concepto competit. Et ita non opus est defendere iustitutionem ex commixtis legis Vellejae capitibus, quod primus in forum introduxit Julianus, cujus remedii mentionem nondum fecit Scaevola, mox id facturus in § 15, ubi captivitate excepta simillimus casus proponitur (1).

Absoluto jure antiquo, Scaevola transit ad L. Vellejam § 11. seqq., cujus secundum caput ei consilio inserviebat, ne forte nepotum vivo testatore natorum pejor foret conditio, quam postumorum. In § 14. quacum conferantur L. 9. § 2. h. t. et L. 6. § 1. de injusto, etc., quaerit, an hoc etiam ad captivi filii liberos pertineat. Et quum legis verba: *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, etc. praeter mortem etiam captivitatem contineant (2), putat Scaevola, audenter licet, dici posse, filium captivum vivo patre suum heredem esse desiisse, licet post patrem decedat.

Sectio III.

DE SUBSTITUTIONIBUS.

§ 1.

Quod supra scripsimus, legis Corneliae eam esse vim ac potestatem, ut testamenta captivorum hâc

(1) Perperam ad eum locum provocat A. Faber, op. laud. IX. 6, merito reprehensus a Chesio, Intt. Juris I. 49. in Jurispr. Rom. et Att. II. p. 257.

(2) L. 209. de R. J.

perinde confirmentur, ac si in hostium potestatem numquam pervenissent, hoc cum multis aliis exemplis probatur, tum optime percipitur ex iis, quae de substitione pupillari per eam confirmanda disputantur in L. 28 et 29. de vulg. et pup. subst. (28, 6) et in L. 10 et 11 de capt. Quamquam autem illi loci, qui summo Cujacio tam difficiles visi sunt, ut desperaverit aliquando, fore ut ad eorum intelligentiam perveniret, interpretum diligentiam non fugerunt multique utilem operam in illis illustrandis collocarunt: meum nihilominus esse duxi, denuo quaestiones, quae illis continentur, enucleare meamque de singulis sententiam proferre.

In L. 28. laud. tanta diligentia rem egit Julianus, ut ob hanc solam prudentis et acuti JCti laudes auctori tribuendae sint; adeo nihil est, quod in eo fragmento desideremus aut abesse malimus, sive disserendi ordinem sive quaestionum delectum spectamus; quapropter nos eumdem ordinem secuti de singulis deinceps videamus. Principio proponitur regula, qua reliqua tanquam fundamento nituntur: »*Lex Cornelia, quae testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, confirmat, non solum ad hereditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt, pertinet, sed ad omnes hereditates, quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent.*" Justa tum argumentatione ex hoc generali praecepto quaestiones de tabulis secundis variae derivantur, et ad illud velut ad lapidem Lydium admoventur. Quarum, quae statim subjicitur his verbis: »*Quapropter, quum pater in hostium*

potestate decessit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis decesserit, hereditas ad substitutum pertinet, perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset": haec igitur egregiam lucem mutuatur e L. 10. pr. de capt. qua Juliani sententia ita confirmatur, ut simul dissentientium opinio evertatur. Ratio autem, quare dubitarent multi an valerent tabulae secundae, posita erat in eo, quod eam in rem opus esset, ut impubes fuerit in potestate patris et testamenti facti tempore (1), et tempore mortis (2); atqui, dicebant, hic non morte, sed captivitate patris ea potestate liberatus est; ergo non valebit substitutio. Sed bene iis opposuit Papinianus legis Corneliae fictionem, cujus sententia obtinet, qualemcumque tabularum pupillarium notionem nobis informemus. Si unum esse testamentum patris atque filii dicamus, non poterit illud partim confirmari, partim viribus suis destitui: sin duo testamenta agnoscimus, filii testamentum ita pendet testamento paterno, ut altero confirmato alterum item confirmari, necesse sit (3). Denique moneo, suspicionem A. Fabri (4), multum interesse, utrum filius impubes institutus sit an exheredatus, adeo omni veri specie destitutam esse, nullisque idoneis argumentis adstructam, ut refutatione non magnopere indigeat (5).

»*Sed si pater*" ita pergit JCtus »*in civitate de-*

(1) Pr. I. de pup. subst.
(2) L. 41. § 2. de subst. (28, 6).
(3) Gaj. II. 180., § 5. I. l. l., L. 20, L. 44. de subst.
(4) Conj. X. 4.
(5) Cf. tamen Chesius, op. laud. c. 43.

cessit, filius impubes apud hostes, si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non incommode dicitur, hereditatem ejus ex ea lege ad substitutos pertinere". Hujus iterum loci simillimum esse in L. 10. § 1. de capt., nemo non videt praeter Fabrum (1), et si qui forte inveniantur arguti homines, huic similes. Adscribam ipsa Papiniani verba: »*Si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus: in promptu est dicere legem Corneliam, de tabulis secundis nihil locutam, ejus dumtaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Plane captivi etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse: et ideo non esse alienum, Praetorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et utiles actiones in hereditatem substituto dare*". Locis inter se comparatis, apparet primum, in eo convenire JCtos, quod hereditatem impuberis ad substitutum pertinere, non ad legitimum contendant, tum hoc cautum non fuisse in ipsa lege Cornelia, sed receptum ex mente legis. Pertinent huc in altero loco verba: non esse alienum, Praetorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et dari *utilem* hereditatis petitionem substituto, cui *directa actio* competeret., si ejus jus ipsa lege fuisset sancitum: in altero *non incommode dicitur, hereditatem ejus ex ea lege* i. e. e legis sententia, non ex verbis (2) *ad substitutos pertinere.* Haec suf-

(1) Op. laud. X. 5.
(2) L. 6. § 1. de V. S.

ficiunt pro nostro consilio, quum cl. Ruckeri disputationem (4) super hac re ita probamus, ut ei lubenter calculum nostrum adjicientes, quod addamus nihil habeamus. Haec tantum addo, illum fortasse nimis religiose codd. lectionem *quoniam* apud Papinianum defendere contra Cujacianum *quam-quam*, laudando consilio, at parum felici successu: — Wielingium (5) vero quid impulerit ad tentandum verborum ordinem, non satis intelligere me fateor.

§ 2.

Sequuntur in Juliani fragmento duo casus, quando legi Corneliae locus esse non videtur. Alter, cum superiori arcte conjunctus, ita se habet: »*(Si »pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes) si vivo patre filius in potestatem hostium pervenerit, non puto legi Corneliae locum esse: quia non efficitur per eam, ut is, qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat.*". Addita ratio bene se habet: neque tamen hinc argumentum petere licet, quasi nemo heredes habeat, nisi qui bona in civitate relinquat. Aliud enim est nulla bona habere, aliud ne posse quidem habere, quod de tali impubere verissime dixeris, qui neque ante captivitatem quicquam habuit sibi proprium (ne peculium quidem, quippe qui ea aetate captus est, qua militiam obire nondum poterat), nec quamdiu servus hostium fuit aut in civitate aut extra eam

(4) Interpr. c. 4.
(5) Lectt. J. C. I. 23.

quicquam sibi acquisivit. Quum igitur tabulae secundae non confirmantur lege Cornelia, res redeat ad causam intestati necesse est, et heredes patris legitimi ad successionem vocentur. Idem dicendum est »*si pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre, in hostium potestate decesserit.*" Sermo est de filio pubere, et non quaeritur de tabulis pupillaribus, sed de causa intestati: quare quum hereditas pertineat ad proximum agnatum, hoc tantum dubium est, utrum illa deferatur ex lege XII tabularum, an ex lege Cornelia, aut quod eodem redit, utrum illa patris sit, an filii? Quod dubium diserte sustulit JCtus. Hunc esse illorum verborum sensum constat: illud quaeri possit, an non verosimile sit aliud quid, quod superioribus magis respondeat, scripsisse JCtum. Erat ea Cujacii opinio, qui dum legit *impubes* ex duobus casibus unum fingit, idque, de quo modo sermo fuerat, his verbis continuari censet. Habet sane ea suspicio, quo se commendet; sed pro vulgata militant cum alia, tum praecipue haec duo: primum quod apte ea, quae de impubere modo dicta sunt, explicantur allato simili exemplo puberis, cui substitui nequeat: tum quod exploratum non est, Julianum h. l. potius de substitutionibus, quam de vi legis Corneliae egisse.

In princ. L. 11. de capt. JCtus non integram quaestionem proposuit, sed tamen ita scripsit, ut quae desint, facile suppleantur hoc modo: Pater, qui impuberi filio substituerat, ab hostibus capitur: »*quodsi filius ante moriatur in civitate, nihil est quod de secundis tabulis agi possit*". Alii haec

verba aliter acceperunt, quum multi putarent hoc dici, locum non esse secundis tabulis, eas fieri irritas, substitutum non admitti, sed locum esse legitimo, s. pater redeat. s. apud hostes decedat. Perperam, me judice: immo Papinianus hoc voluit de secundis tabulis nullam esse quaestionem, rem ita manifestam esse, ut non opus sit multis ád eam disputare. Confirmatur hoc iis, quae sequuntur: „*sive quoniam vivo patre filiusfamilias mori intelligitur, sive quoniam non reverso eo exinde sui juris videtur fuisse, ex quo pater hostium potitus est.*" Tabulae pupillares non valebant vivo patre i. e. reverso eo, quoniam ita apparet impuberem mortis tempore fuisse filiumfamilias, cujus nulla est hereditas: contra patre non reverso, apud hostes mortuo (ante filium vel post parum refert, lege Cornelia id efficiente, ut omne captivitatis tempus pro nullo computetur), patre igitur non reverso videtur impubes mortis tempore sui juris fuisse, suasque vires tenet substitutio. Interpretes, qui verba illa *nihil est, quod de sec. tab. agi possit* non bene acceperunt, in alia omnia discesserunt, quum cogerentur ad omnis generis argutias confugere, ut licet non veram, probabilem certe sententiam inde elicerent. Nobis sufficit fontem erroris indicasse, eumque qui varia eorum commenta cognoscere cupiat, ablegasse ad Chesium, op. laud. C. 45.

§ 3.

Quae adhuc disputavi, pertinebant ad tabulas secundas, quando aut pater captus est, aut filius:

superest ut videamus, quid juris fuerit utroque capto. Absolvitur ea quaestio duobus locis, quorum alter in L. 29. de vulg. et pup. subst. Seaevolam, alter in L. 11. § 1. de capt. ejus auditorem Papinianum auctorem habet. Diversas interpretum opiniones de utroque loco recensere, longum sit: diligenter plerasque certe ponderavi et nonnullis multa accepta referens, quid mihi tandem verissimum visum sit, paucis declarabo.

„*Si pater captus sit ab hostibus, mox filius, et ibi ambo decedant: quamvis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, nisi reversus in civitate impubes decedat: quoniam et si ambo in civitate decessissent, veniret substitutus.*" His verbis (in quibus nihil aut mutandum aut delendum est) duos casus contineri, apparet. Alter hic est: pater capitur, mox filius; moriuntur ambo apud hostes; tabulae pupillares, quas pater impuberi fecerat, non valebunt, sive ipse sit praemortuus sive filius. De filio praemortuo nihil monetur, quoniam res omni dubio caret: sed consulto pater fingitur prior obiisse, quia sic obscurior decisio videtur. Ratio, quare lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit, in ipsa lege praetermissa haec esse videtur, quod impubes morte patris non sui juris factus est, nulla bona in civitate reliquit, et in ea conditione decessit, qua neque ipse, neque alius pro eo testamento statuere possit de bonis, quae nulla erant. Valebit saltem haec ratio, si vel filius prior vel ambo simul capti sunt, quod Scaevolam velle indicant Glossae, *mox* explicantes *in continenti*,

quibuscum facit Wielingius (1). Sed pace Cl. Viri dixerim, hoc admitti non posse. Fateor particulam istam brevissimum temporis intervallum indicare: res quae uno eodemque tempore acciderunt, significare non crediderim. Potior videtur eorum opinio, qui putent particulam *mox* consulto a JCto esse additam, ut significaret post patrem demum filium fuisse captum; — id quod imprimis urget Ruckerus (2) — quo casu fieri potuit, ut hic sibi interea aliquid acquireret, ac bona in civitate relinqueret. At ne sic quidem substitutio confirmabitur lege Cornelia, quia dum vivit pater captivus, filius incertus est de statu suo, ut vel pubes non possit sibi testamentum condere: quapropter evanescent tabulae secundae, patre vivo, etiamsi in civitate decederet, multoque magis, si apud hostes vita fungatur. — Fac vero (estque hic alter casus) utrumque ad hostes pervenire: patrem apud eos diem obire: impuberem vero reversum in civitate decedere: — tunc alia res erit. Tempora captivitatis impuberis non computantur, qui morte paterna ita fit sui juris, ut substitutioni locus sit. Ultima autem verba »*quoniam et si ambo in civitate decessissent, veniret substitutus;*" eo consilio adjecta sunt, ut exemplo illustraretur casus, qui proxime praecedit. Nam perinde ac substitutio valebit summo jure, si filius post patrem in civitate impubes decedat, ita ea confirmatur lege Cornelia, patre apud hostes praemortuo.

(1) Lect. J. C. I. 22 p. 79. in adnot.
(2) Interpret c. 3.

Eadem concinnitas, quae in Scaevolae fragmento transversos egit interpretum multos, observatur in Papiniani verbis, quae l. l. inveniuntur. »*Sed si ambo apud hostes et prior pater decedat: sufficiat lex Cornelia substituto non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in civitate decessisset.*" Ne in his quidem quicquam mutatum volo, etsi prima specie hic locus cum laud. Scaevolae disputatione pugnare videatur, quod ipsum multis conjecturis originem dedit, quum interpretes utrumque auctorem in concordiam redigere conarentur. Sed primum non video, quare non dicamus h. l. patrem et filium *simul* esse captos; tum pendet omnis illa quaestio ex significatione, quae tribuenda sit vocabulis *non alias, quam.* Fuerunt, in quibus Wielingius, qui eam formulam explicarent *non secus, non alia ratione, quam, perinde ac:* quo sensu illam aliquoties apud veteres JCtos inveniri non nego. Ego vero suspicor *alias* vel quod est in Holoandrina *aliter* dici eo sensu, quo saepius usurpatur apud optimos scriptores v. c. apud Cicer. de Legg. II. 10. *aliter dicere, aliter sciscere* i. e. *alia conditione* (1). Quae interpretatio si admittatur, Papinianus item duo casus attingit et de utroque idem plane respon-

---

(1) Add. Gajus II. 195 »Nerva vero et Proculus..... *non aliter* putant rem legatarii fieri, *quam* si voluerit eam ad se pertinere." Fr. Vatic. § 317. »Cognitore interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur. *Non alias* enim cognitor experietur, vel ei actioni subjicietur, *quam* si in rem suam cognitor factus sit." Cff. omnino exempla, quae affert Freund, in Lexico Latino, s. v. *alias* N°. 4.

det, quod Scaevola responsurus fuisset. Qui enim scribit, si ambo apud hostes decedunt et prior pater, sufficere legem Corneliam substituto non alia conditione, quam si i. e. tum demum, si, patre apud hostes defuncto, postea filius in civitate decedit; qui ita scribit, paucis verbis includit, quod plenius sic foret dicendum: »Si ambo apud hostes decedunt, non sufficiet lex Cornelia substituto: tum demum ea lege confirmantur tabulae secundae, si utroque capto, pater quidem apud hostes decedit, at filius reversus in civitate impubes etiamnum moritur." Facilius etiam admitti poterit haec interpretatio, si cum Haloandro et Cod. Rehdigerano legimus: »*Si cum ambo apud hostes* SINT, *prior pater decedat*, etc.

Sectio IV.

DE TESTAMENTI FACTIONE CAPTIVI PASSIVA.

Testamenti factio cum captivo civibus concessa est, recte ille heres instituitur, poteritque reversus hereditatem adire (1), ea lege ut periude conditionibus legumque praescriptis satisfaciat, ac si numquam civitatem reliquisset, quod exemplo legis Falcidiae illustratur in L. 1. § 4. ad L. Falc. (35,2); sin apud hostes decedit, testamentum erit irri-

(1) L. 32. § 1. de hered. inst. (28, 5).

tum (1), atque usu venit regula de hereditate non adita non transmittenda. De legato ipsi relicto idem valet (2); illud enim nullius momenti futurum est, eo apud hostes mortuo, quamvis postliminio confirmari potuisset. Ratio est, quod altero casu jam legati adscripti tempore non amplius in rebus humanis fuisse existimatur; quo fit, ut illud pro non scripto habendum sit. Eidem rursus vel sub conditione recte legari satis exploratum habemus, quum ne illud quidem legatum exstinguatur, quod deportato relictum est, quando consul factus fuerit: quia restitutionis aliqua spes est (3).

Observandum h. l. est, quod filius captivi hereditatem nec sibi acquirere possit, nec patri (4); non sibi, quoniam eam adire non potest sine patris jussu, non patri, ne hic invitus fortasse aere alieno opprimatur. Accedit, quod hereditatis aditio ad actus legitimos refertur, qui nec diem recipiunt, nec conditionem; alioquin posset eam adire sub conditione, ut pater quandoque reversus, id quod actum sit eo absente, ratum haberet (5). Nihil tamen impedit, quominus hic filius heres instituatur, cujus hac in causa conditio certe non deterior erat quam servi, quem quis recte heredem instituere

(1) Ulp. Reg. 23, 4, L. 1. de injusto (28, 3).

(2) L. 101. § 1. de leg. 1. coll. L. 4. § 1. de his, quae pro non scriptis (34, 8).

(3) L. 59. de condit. et demonstr. (35, 1).

(4) L. 12. § 1. de capt.

(5) Cf. Ant. Faber, Jur. Papin. XII. 7, 9, qui copiose exponit, quid juris sit in hereditate fideicommissaria et in bonorum possessionibus.

potest (1), quique vel domini reversi jussu hereditatem adire potest, eamve acquirit pro eo, qui captivo heres exsistit (2).

Sectio V.

DE SUCCESSIONE CAPTIVI AB INTESTATO ACTIVA ET PASSIVA.

Ut universe JCti Romani successionem ex testamento omniaque quae ad eam pertinent, quippe potiorem multo diligentius persecuti sunt, quam eam, quae ab intestato defertur, ita fragmenta, in quibus agitur de successione captivorum legitima, et pauciora sunt numero et minus aut gravitate commendantur aut obscuritate laborant: quapropter nobis quoque, universam illam doctrinam paucis complexis, brevibus esse licebit. Quum intestatorum hereditates primum ad suos, deinde ad agnatos proximos deferrentur, proprie captivus non poterat heres ab intestato esse, qui neque in potestate defuncti erat, neque jura familiae integra habebat. Postliminii vero jure factum est, ut neque sui neque legitimi jus amitteret (3). Pendet illud, et si captus liberos in civitate reliquit, hi interim

(1) Ulp. Regul. 22, 9.
(2) L. 1. de hered. instit. L. 22. § 1. extr. de capt.
(3) Paul. Sent. IV. 8, 7 et 24.

non succedunt (1); sed reverso restituuntur res hereditariae, simulac probaverit apud praetorem Romae, in provinciis apud praesidem, se, quo tempore captus est, fuisse in potestate defuncti, nisi post reditum tantum temporis effluxerit, ut merito moveatur suspicio noluisse eum hereditati se miscere (2). Similiter filius captus, qui speratur suus defuncto heres existere posse, obstabit agnatis, et universe dicendum est, excludi remotiores agnatos, quamdiu proximus apud hostes est (3).

Captivo apud hostes mortuo, eadem fere vis est legis Corneliae, quae erat postliminii in reverso. Succedunt v. c. liberi ita in locum patris, ut sui exsistant avo, etsi forte captivus numquam fuerit in ejus potestate, ut est in exemplis, quae proponit Ulpianus in L. 1. § 5 et 7. de suis et legit.: porro is, qui mortis tempore testamenti factionem non habebat, accipitur pro intestato ejusque successio illis defertur, quibus competeret, si in civitate decessisset. Quid? quod, patre apud hostes mortuo, defunctus jam pridem in civitate filius fingitur paterfamilias decessisse, heredemque adeo habere legitimum, qui ea omnia habebit, quae iste interim acquisivit: quum contra reverso captivo, ea ad patrem redirent, ne peculio quidem defuncti pridem filii excepto, L. 15. de suis et legit. L. 9. de pec. castr., L. 12. § 4, L. 22. § 2. de capt., quo-

(1) L. 1. § 4. de suis et legit. (38, 16).
(2) L. 9. C. de post. rev.
(3) Ulp. Reg. 26, 3., L. 5. § 1. unde legit. (38, 7), L. 2. de suis et legit.

rum locorum facilior ratio est, quam ut copiose de iis disputetur. Hoc unum non est negligendum, quod nonnulli perperam e prioribus duobus collegerunt, testamentum a filiofamilias factum valiturum esse, si forte pater in captivitate moriatur: quorum errorem satis arguitur eo, quod Papiniani fragmentum insertum est titulo *de suis et legitimis*, et quod in altero loco haec verba occurrunt *legitimum habebit successorem* (1).

Imprimis tenendum est, hereditatem captivi ad successores non delatam, neque de ea transactum fuisse, priusquam certus nuntius de ejus obitu allatus esset, sicuti praecipitur in rescripto Diocletiani et Maximiani (2), quo datur consulentibus facultas agnoscendae successionis materterae apud hostes defunctae per bonorum possessionem *unde cognati.* Simul hinc elucet sensus L. 8. C. de legit. (6, 57.), ubi iidem Imperatores edicunt, ut successio eorum, qui apud hostes defuncti sunt, tribuatur legitimis vel jure agnationis adita hereditate, vel petita bonorum successione secundum legis Corneliae beneficium. Quum enim proprie lex Cornelia heredes tantum facit, non item bonorum possessores, protulerunt praetores ejus legis beneficium ad eos, qui jure civili heredes esse non poterant.

Denique, quod supra monuimus de legitima hereditate materna liberis apud hostes conceptis deferenda, huc pertinet, ex quo praecepto aliud derivatur, quo liberis rursus matri captivae succedere

---

(1) Cf. Ruckerus op. l. p. 44. seqq.

(2) L. 4. C. de postl. rev.

conceditur. Quoniam vero, avo materno capto, status matris ita pendebat, ut nulla esset ejus hereditas, quae liberis deferretur, solebat praetor in tali causa iis dare bonorum possessionem decretalem, ne, si interim decederent, nihil ad suum heredem transmitterent (1). Atque uti vis SCti Orphitiani ad illas causas interpretatione prolata est (2), ita vicissim SCtum Tertyllianum ejusve interpretatio matri consultum voluit.

Proinde mater admittitur ad legitimam hereditatem ejus, quocum apud hostes nato in patriam rediit (3), ea tamen conditione, ut filio sui heredes ne sint vel in civitate, vel apud hostes, quo casu jus matris pendet, donec redierint (4); qui si non redierunt, matri integrum jus erit in iis, quae interim adpenderit (5). Quin fieri potuit, ut hac ratione mariti bona per mediam personam ad matrem pervenirent, cujus successionis luculentum exemplum est in L. 8. C. de suis et legit., ubi filia nescia se patri apud hostes defuncto heredem exstitisse suam, ipsa moriens et suam et patris hereditatem ad matrem superstitem transmittit.

(1) L. 1. § 1. ad SCtum Tert. (38, 17).
(2) L. 14. C. de post. rev.
(3) L. 2. § 3. ad SCtum Tert.
(4) L. 2. § 7. eod.
(5) L. 10. § 1. eod. Cf. adnot. Smallenb.

Sectio VI.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

§ 1.

Superest, ut in unum congeramus ea, quae de bonorum possessione, aut ipsis captivis reversis aut eorum successoribus danda, in Digestis traduntur. Atque illud in universum affirmare licet, e captivitate reducem admitti ad quamlibet bonorum possessionem, sive ex testamento sive ab intestato (1). Ita v. c. filium postliminio reversum, qui in testamento paterno praeteritus est, admitti ad bonorum possessionem contra tabulas auctor est Ulpianus (2), provocans ad Pomponium, quamvis vocabuli *putare* in hoc loco non ea est vis, ut ostendat contrarium placuisse aliis. Interim fratribus, si quos habet in civitate, pro sua parte bonorum possessio datur, § 4. l. l. Datur autem cuivis ad petendam bonorum possessionem annus utilis i. e. annus, ex quo petere potuerunt (3); quapropter captivo ea facultate non gaudenti illud tempus post reditum demum computari coepit (4). Id definire non ausim, utrum curator captivi nomine eam petere potuerit, necne.

(1) L. 1. § 11. unde cognati. (38, 8).
(2) L. 1. § 3. de bon. poss. c. tab. (37, 4).
(3) Ulp. Reg. 28, 10, coll. L. 2. pr. quis ordo in poss. serv. (38, 15).
(4) L. 11. § 1. de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

Pendet omnis quaestio ex lectione legis 12 pr. de bon. poss. (37, 1), ubi dicuntur quidam contra fiscum admitti „*utputa venter*, *item furiosus*, *item is qui captivi* (*nomine*) *bonorum possessionem petit*." Ingens scilicet discrimen est, utrum lectionem Florentinam, Basilicorum versione confirmatam, secuti vocem *nomine* non agnoscamus, an vero cum aliis libris eam servemus. Multum apud me valet principis codicis auctoritas, praesertim quum aptum sensum praebeat; sed ab altera parte, quum reliqui qui h. l. recensentur tales sunt, qui jure quodam speciali admittuntur, ut sunt venter (cf. tit. pec. de ventre in poss. mitt. 37, 9) et furiosus (cf. tit. de bon. poss. furioso comp. 37, 3), potius exspectaveris Ulpianum his adjecisse illum, qui captivi nomine bonorum possessionem petit, quam, qui captivi bon. poss. petit: de hoc nemini dubium esse poterat, de illo contra. Praestat vero in hac re nil temere affirmare. Hoc constat, uxorem praegnantem captivi in civitate relictam missam fuisse in bonorum possessionem soceri, quia fieri poterat, ut pater non rediret et postumus sic defuncto avo suus heres esset (1). Contra cautum est, ne aliquando captivi conditio melior esset, quam eorum, qui in civitate manserunt, et placuit, ut ille post mortem patris reversus conferret ea, quae moriente patre haberet, si ab hostibus captus non fuisset (2).

---

(1) L. 1. § 8. de ventre in poss. mitt. (37, 9). L. 12. pr. de bon. poss. (37, 1).

(2) L. 1. § 17. de collat. (37, 6).

Sicuti ipsi reverso datur bonorum possessio vi postliminii, ita permissa fuit bonorum possessio mortui apud hostes, quam vel ad mentem legis Corneliae in forum introduxerunt JCti, vel sancivit praetor in edicto suo (1). Solebat enim, teste Papiniano in L. 10. § 1. de capt., praetor non minus testatoris, quam legis voluntatem sequi, multisque locis evincitur, intestati quoque captivi bonorum possessionem datam fuisse omnibus, qui captivo sui heredes erant in civitate, quive sanguine illi connexi sunt; quo factum, ut filius post patris captivitatem intra x menses natus aequo jure succedat cum fratribus, qui ipsi olim in potestate captivi fuerunt (2). Et ut multa, quae de successione dicta sunt, ad bonorum possessionem trahenda sunt, ita quod supra vidimus, testamenti factionem non esse ei, cujus status incertus est, in hac quoque causa valet, et illustratur exemplo captivi, cujus filii in civitate defuncti non prius bonorum possessio datur, quam certum esse coeperit, hunc patremfamilias decessisse (3).

§ 2.

In Institutionum Libro III. huic argumento subjunguntur tituli de bonis libertorum, et de assignandis libertis: quapropter h. l. pauca de iis addenda sunt. Quum patrono jus sit succedendi

(1) L. 3. § 6. de bon. poss. coll. L 1. § 9. de bon. poss. sec. tab. (37, 11).
(2) L. 6. unde legit. (38, 7).
(3) L. 2. § 3. tit. l.

liberto suo pro certa parte, jacet illa successio, quamdiu patronus apud hostes est, neque competit ejus liberis, quamdiu spes est fore ut ipse redeat (1). Porro per interpretationem legis Corneliae confirmatur patrono bonorum possessio liberti, qui apud hostes diem obiit, quamvis is proprie libertus dici nequeat, qui servus hostium decesserit (2). Denique non negligenda est elegans quaestio, quam tractat Paulus in L. 44. § 2. h. t. Nam quum in dijudicandis liberti facultatibus mortis tempus spectandum sit (3), integrum erat liberto debitam partem patrono relinquere vel legati nomine, vel jure hereditario. Fingit Paulus libertum habuisse mortis tempore servum magni pretii apud hostes, qui non poterit adnumerari bonis, quae moriens relinquit libertus: quaeritur, num portio patroni augebitur ex pretio servi postea recepti. Et erit distinguendum: patronus ex debita parte heres institutus jus quoque habebit in istum servum, quoniam ejus reditu augetur hereditas: sin vero legato ei relicta est sua portio, secus erit, quoniam servus locupletiorem quidem facit hereditatem, sed non cedit lucro legatariis. Nec est, quod queratur patronus se sic aliquanto minus habere, quam si ad hereditatem vocatus fuisset, quum non id quaeritur, qua ratione plurimum lucri percipiat, sed quemadmodum debita ei portio praestetur. Tum demum ei datur bonorum possessio contra tabulas

(1) L. 4. § 2. de bonis libert. (38, 2).
(2) § 1. l. l.
(3) L. 3. § 20. t. l.

liberti, quando minus habet, quam ex edicto postulare poterat.

Ad verba SCti de adsignandis libertis duplex quaestio moveri poterat, quarum neutra fugit JCtorum diligentiam. Prima est, an libertus, qui apud hostes est, adsignari possit? Affirmando respondet Ulpianus in L. 1. § 2. h. t., scilicet propter spem postliminii, quum non reverso eo nihil tamen est quod queratur is, cui adsignatus fuerat, qui nunc nihil damni patitur, sed alioqui lucrum percepisset, libertumque quasi praecipuum sibi habuisset. Altera invenitur in L. 13. § 2. eod. Scilicet quando is, cui libertus adsignatus est, in civitate esse desiit, nullis liberis relictis, portio ejus redit in familiam, quod v. c. obtinet in deportato, qui mortui loco habetur (1): quaeritur autem, an captivus quoque iis verbis contineatur? et contrarium receptum est, quamdiu potest reverti.

(1) L. 4. § 2. de bonis libert.

CAPUT IV.

DE OBLIGATIONIBUS ET ACTIONIBUS.

Sectio I.

DE OBLIGATIONIBUS.

§ 1.

Exposui, quatenus ad nostram rem facere videtur, jus personarum et jus rerum: restat, sive commoda universae societatis sive indolem juris Romani spectamus, locus gravissimus de obligationibus, deque actionibus, quae ex illo fonte originem suam repetunt, at idem pro nostra re longe minus elaboratus quam superiora capita, et omnino talis, qui paucis absolvatur. Atque quae de obligationibus captivorum cum activis tum passivis satis certo dicenda habeo, exponam respondendo ad duas has quaestiones: 1°. an obligatio prius inita perimatur captivitate; 2°. an possit captivus per alios obligari. Nam si unum fortasse uxoris captae, quae adulterium commisit, exemplum (1) exceperis, certissimum est, neminem, dum in tali causa est, potuisse alteri obligari vel ex contractu vel ex delicto suo.

Ad priorem quaestionem negando respondemus, quacunque ex causa obligatio profecta sit. Si enim

(1) In L. 13. § 7. ad leg. Juliam. de adult. (48, 5).

alius ex contractu obligatus captivo est, iniquum foret, ut misera hujus conditio in causis esset, cur res ejus familiaris damnum pateretur; sicuti contra similis ratio suadet, ne ipse hinc aliquod lucrum percipiat. Accedit auctoritas Ulpiani, non expressa illa quidem sed tamen aliqua, qui scribit (1) constitutum valere, etiamsi debitor *interim* non appareat, capto e. g. eo ab hostibus. Nam quum docetur hunc teneri actione pecuniae constitutae, qui constituit se soluturum pro captivo, probatur simul nostra sententia, quia hic non teneretur, nisi principale debitum subsisteret. Jam vero idem de omni alia obligatione dicendum erit, nisi forte probabilis ratio reddi possit, cur in constituta pecunia singulare quid obtinuerit; quod vereor, ut probari possit. Sed praeterea confirmatur mea opinio fragmento e Papiniani Quaestionibus (2), quod tam diligenter exposuit Cujacius (3), ut nobis brevibus esse liceat. Res huc redit: heres de legato sub conditione relicto datis fidejussoribus cavit: exsistit conditio, postquam ille captus est: negat P. fidejussores *interim* teneri »quia neque jus, neque persona sit, ad quam verba stipulationis dirigi possint". i. e. quia non cadit obligatio legatorum praestandorum ex XII tabulis profecta adeoque civilis in eum, qui servus hostium factus personam in civitate non sustinet. Nec tamen obligatio illa civilis sublata est, sed *interim* non valet, quia suspensa

(1) L. 11. pr. de pecun. const. (13, 5).
(2) L. 5. pr. ut legatorum (36, 3).
(3) Obss. XV. 9. et in Quaestt. Papin. ad l. l.

est; quo fit, ut similiter stipulatio praetoria pendeat, nec prius fidejussores conveniri possint, quam reversus sit reus principalis. Atque, ut hoc obiter moneam, mortuo captivo, onus praestandi legati imponitur ejus heredibus, ac fieri potest, ut fidejussores teneantur ante aditam captivi hereditatem, si scilicet interim conditio legati exstiterit, argumento L. 10. t. l. Nec longe quaerenda est hujus discriminis ratio, nec parum facit ad nostram rem: sita est enim ea in hoc ipso, quod omnia in suspenso sunt, quamdiu certum est debitorem principalem esse in hostium potestate, quum contra hereditas ita defuncti vicem sustinet, ut obligatio vel jacente ea commitatur. — Obligationes autem ex delicto cum activas tum passivas non magis exstingui captivitate, et res ipsa docet, et si quid dubium remanet, satis probatur exemplis, quae sunt in pr. et § 3. L. 41. de furtis (47, 2), ubi *exstingui* usurpatur de actione *suspensa*.

§ 2.

Ad alteram quaestionem permulta pertinent JCtorum fragmenta, et cernitur hic denuo vis juris suspensi, quippe quo receptum est, ut captivus per servos ac liberos suos obligationes acquirat, quasi hi plane in ejus potestate essent. Neque tamen una eademque est hujus acquisitionis per alios natura et ratio: quapropter de singulis deinceps agendum, et excitandae atque illustrandae sunt leges, unde cognitio hujus loci peti debet. Initium faciam a filio captivi in civitate relicto, qui si stipulatus sit, patri

reverso ab hostibus videtur acquisivisse (1). Hanc sententiam, a Paulo l. l. paucis verbis inclusam, severiori examini submiserunt Tryphoninus (2) et Julianus (3), illudque *de quo tractatum est*, quod difficultate non caruit, quaesiverunt, utrum, patre priusquam rediret mortuo, filius paternae hereditati, an vero sibi ipsi acquisivisse dicendus sit. Neque sane inanis est haec quaestio, quoniam, si forte filius a patre exheredatus sit, id agitur utrum bona acquisita propria filii sint, an vero contineantur hereditate captivi, quae per legem Corneliam confirmato testamento aliis defertur: aut si coheredes habet, utrum res in familiae erciscundae judicium sit deducenda, an stipulatoris solius sit. Nemini autem, qui fictionem legis Corneliae perspectam habet, responsio anceps videri potest, quandoquidem filius hoc casu ab ipso captivitatis paternae initio paterfamilias fuisse censetur, quaeque acquisivit sibi acquisivisse intelligitur: — et hoc est, quod ll. laud. traditur. Alia res est, si filius captivi non sibi, sed patri suo stipulatus est: sive enim stipulationis tempore pater jam decesserit, sive postea demum apud hostes vita fungatur, semper nullius momenti futura est stipulatio, persona scilicet, ad quam dirigatur, deficiente (4).

(1) L. 11. de verb. oblig. (45, 1).
(2) L. 12. § 1. de capt.
(3) L. 22. § 2. ibid.
(4) L. 18. § 2. extr. de stip. serv. (45, 3).

§ 3.

Non minus quam filius patri captivo, servus domino hostium potito stipulari, ejusque nomine acceptum ferre potest (1), ita tamen, ut nullam vim habitura sit stipulatio nisi dominus revertatur, quasi sub ea conditione concepta fuerit (2). Habet tamen generalis haec sententia multas cautiones, multumque interest, quibus verbis stipulatus sit servus. Nam quae ille simpliciter stipulatur vel accipit, pertinent ad dominum reversum, ad ejusve mortui heredes (3), propterea quod servus in bonis semper fuit et esse perseverat, ut adeo, si per eum domino non acquiritur, iis tamen, qui ex lege Cornelia in domini locum succedunt, acquiri necesse sit. Sin domino dari convenerit, in hac specie servus filio exaequabitur; et quia dominus non reversus fingitur jam non amplius in vivis fuisse obligationis initae tempore, stipulatio talis erit inutilis (4). Potuit insuper duplici alio modo stipulari, nimirum heredi futuro vel nominatim, ad quam causam respicit Papinianus in lege laud. de stip. serv., quo casu nihil aget, quia stipulationis tempore heres ipsius dominus non erat (5), vel suppresso ejus nomine. Atque ita demum valebit stipulatio, quoniam hereditati stipulatus fuit, quae

(1) L. 11. § 3. de acceptil. (46, 4).
(2) L. 73. § 1. de verb. oblig. (45, 1).
(3) L. laud. de stip. serv. L. 1. L. 12. § 1. L. 22. § 1. de capt.
(4) L. laud. de stip. serv. L. 41. med. de reb. cred. (12, 1).
(5) L. 27. § 10. de pactis (2, 14), L. 16. de stip. serv.

vicem domini sustinet (1). Quamvis enim locis laud. non ubivis diserta captivi mentio occurrit, non temere tamen provocavi ad illos, ubi agitur de servo hereditario, cujus hac in causa conditionem geminam plane fuisse apparebit cum aliunde, tum imprimis e L. 4. de divers. temp. praescript. (44, 3) et L. 25. de stip. serv. (45, 3). Et haec quidem ex illis legibus facili negotio discimus: reliqua minus expedita sunt, quae praeterire nefas sit, quum pars argumenti, in quo versamur, iis illustratur. Videntur scilicet Javolenus et Cassius de eadem re locuti in diversas partes abiisse, quum ille scribit, si servus captivi satis acceperit, continuo diem satisdationis cedere; hic vero existimat, si servus captivi fidejussores acceperit, tempus ex eo computandum esse, ex quo agi cum iis potuerit, i. e. ex quo postliminio dominus revertatur. Hinc ortae sunt multae Vv. Dd. conjecturae (2), qui de corruptela cogitantes, ultimam partem responsi Cassiani delendam judicarunt, quasi a male sedulo interprete adjectam; quorum audacia hoc magis est improbanda, quod ne sic quidem antinomia tollitur (3). Aliam conjecturam proposuit Hottomannus (4), pro *id est*, contra omnes artis criticae regulas *non* substituens. Fuit etiam, qui in Venuleji verbis pro *et fidejussores acceperit*, *posteaque* reponebat *ut fidejussores acciperet*, *post-*

(1) L. 28. § 4. L. 35. t. l., pr. I. de stip. serv.
(2) Recenset illas H. van Alphen in diss. de Javoleno Prisco, Traj. ad Rh. 1768. p. 51 seqq.
(3) Vid. Ant. Faber. Conj. IV. 3.
(4) Obss. III. 19.

eaquam (1). Sed primum non is erat Venulejus, qui in quaestione tam facili (qualis fit emendatione recepta) alium JCtum pro se respondentem induceret; tum tollitur quidem omne dubium de servo hereditario, addita vero servi captivi mentio hac ratione non explicatur. Repudiatis ita conjecturis hisce, duorum alterum, aut Fabro concedendum est leges hasce conciliari non posse, aut quod magis probo, Cujacius (2) audiendus est, qui de personis diversis sermonem esse putat. Ipsa summi viri verba, quae rem conficere videntur, et egregium enarrationis perspicuae exemplum praebent, adscribam, deinde ad alia transiturus. »Facile est »conciliare L. 4. D. *de div. temp. praes.* cum »L. 25. D. *de stip. serv.:* una de reis loquitur, »altera de actoribus. Reis, veluti fidejussoribus, »qui pure in diem certum fidejusserunt, veluti »usque ad LX dies, tempus cedit statim paratis ex»cipere actionem, et ideo si intra eum diem cum »iis actum non sit, agentem creditorem postea re»pellent praescriptione temporis in obligatione po»siti, d. L. 4. Actoribus autem, quibus actio »competit temporalis, tempus actionis non cedit, »antequam agendi facultas fuerit, L. 8. § 4. D. »*ex quibus causis maj.*, L. 1. D. *de div. temp.* »*praes.* Ita accipienda est d. L. 25. quae non »loquitur de tempore satisdationis, ut d. L. 4, sed »de tempore scilicet actionis; non de tempore dato »fidejussori, sed de tempore dato actori; non de

(1) Van Alphen, l. l. p. 54.
(2) Obss. XVI. 38.

»tempore in id quod quis fidejussit, sed de tempore »quo finita actio est."

§ 4.

Ex illis obligationibus, quae quasi ex contractu oriuntur, maxime ad captivum spectare negotiorum gestionem res ipsa docet, eoque nomine actio datur ei, qui vel sua sponte negotia captivi administravit, vel curator bonis constitutus fuit (1). Illo apud hostes mortuo et successori et adversus successorem, negotiorum gestorum directa et contraria competit (2). Quin in eum quoque judicium dedisse Praetorem, qui violata jurisjurandi religione comites captivos in eam necessitatem adduxerat, ut pro se quoque pecuniam hostibus solverent, apparet ex responso Serviano in L. 21. D. de neg. gest., quod conferri meretur cum verbis Livii XXII. 61.

Sectio II.

DE ACTIONIBUS.

Quod de universo loco, qui ad processum civilem pertinet, affirmari solet, esse eum difficillimum, id verum esse intellexi dicturus de actionibus s. de

(1) L. 19. § 5. de neg. gest. (3, 5).
(2) L. 20 et 12. pr. t. l.

ratione, qua captivi jura vindicantur, qua ei jus suum persequi datur, quaque in eum actiones intendi possunt. Tanta enim fontium inopia laboramus, ut vix quicquam certi proferri possit, pleraque conjecturis nitantur. In amplissimo illo Digestorum opere vix uno et altero loco de actione postliminio reverso danda mentionem factam vidi. Insignis in hac causa est L. 7. fam. ercisc. (10, 2) quae huc fere redit. Sejus, qui coheredem apud hostes habebat, debitorem defuncti adiit et dicens se solum heredem esse, actione (ex stipulatu) vicit: quaeritur, an coheredi reverso victoriae commodum communicari debeat? Respondit JCtus, etsi sine dubio Sejo in solidum competat judicati actio, quia solus causam movit eamque (jure an injuria nil refert (1)) obtinuit, tamen duorum alterum fieri oportere, ut aut Sejus cedat reverso facultatem experiundi pro sua parte adversus debitorem condemnatum, aut, si forte debitor judicatum jam solvit, debeat partem commodi communicare cum eo. Obtinebit autem hoc suum jus reversus instituta familiae erciscundae actione, ni fallor usus argumento cum inscriptione tituli, tum vero Lege 19. ibid.

Majoris etiam momenti est memorabilis locus Instit. IV. 10. pr., unde novimus Lege Hostilia (de qua non aliunde constat) permissum fuisse furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent. Cuinam permissa fuerit illa facultas, non additur, sed Theophilo auctore, *ὁ βουλόμενος*, quicumque vole-

---

(1) L. 207. de R. I.

bat, actionem instituere poterat. Plerumque tamen susceperit hanc provinciam curator bonis datus, sicuti actoris erat pro populo, assertoris pro libertate, tutoris pro tutela agere. Et quod lex Hostilia de sola furti actione constituit, id utilitate suadente ad alias actiones translatum fuisse, vix est quod dubitemus, etiamsi certum testimonium desit. Pertinet enim captivitas non minus ad eas causas, quae impedimento sunt, quominus rem suam quis exsequi possit, quam aut morbus, aut aetas, aut necessaria peregrinatio. Quapropter, quum captivus procuratorem habere non possit, in actionibus ejus nomine instituendis versatum fuisse illius curatoris munus, non temere statuere mihi videor, quamquam multum certe referebat, qualis esset actio, quae captivo in eumve competeret, perpetua an temporalis, heredibus negata ad eosve transferenda. Sic v. c. in familiae erciscundae judicio non opus erat alterius opera, quum etiam heredes ejus, qui apud hostes decessit, ita experiri potuisse constat e L. 25. fam. ercisc. In re dubia tutissimum erit statuere, curatorem captivi nomine actiones instituisse quoties eae dilationem non ferebant; alioquin hujus arbitrio fuisse relictum, velletne pro captivo agere, nec ne. Hoc certum est actiones non exstinctas fuisse captivitate, immo si ipse forte noxam admiserit, renatam fuisse actionem adversus eum postliminio reversum (1). Et, si nemo interim pro captivo egerat, ipsi reverso actiones quaelibet, seu directae seu rescissoriae compe-

(1) L. 41. pr. et § 3. de furtis. (47, 2).

tebant, intra annum utilem instituendae, quo tempore elapso sine dubio exceptione removeri poterat (1). Contra si quis reus satisdederat de sistendo se in judicio, et captivitate impeditus cautioni non obtemperaverat, utpote justa causa moratus exceptione erat adjuvandus (2), si modo hoc fieri poterat sine damno adversarii; alioquin si dies actionis, quae in eum competebat, exierat, succurrebatur adversus eum (3).

CAPUT V.

DE SERVIS, QUI AB HOSTIBUS CAPTI SUNT.

Explicui doctrinam juris Romani de iis, qui quum liberi essent et cives, in hostium manus incidissent: superest, ut pauca quaedam addam de servis captivis, collectis iis, quae passim horum conditioni illustrandae inserviunt.

Nihil attinet monere, servos captos plerumque apud hostes duriore conditione usos fuisse, quam libera capita; pro nostro consilio monuisse sufficiat,

(1) Cff. exempla in L. 43. ad l. Aquil. (9, 2), L. 3. de condict. indeb. (12, 6). Adde L. 5. C. quib. ex caus. maj. (2, 54), L. 6. C. quib. non obj. longi temp. praes. (7, 35) et L. 18. C. de postl. rev. (8, 51).

(2) L. 4. §. 3. si quis caution. (2, 11).

(3) L. 23. § 3. extr. ex quib. caus. maj. (4, 6).

illos quoque servos hostium fuisse. Exuti ex pristini domini potestate, in eandem recidebant reversi seu recepti, sine discrimine utrum capti fuissent an transfugissent, quoniam et servis transfugis postliminium est, ne contrarium jus non tam ipsi injuriosum sit, qui servus semper permanet, quam domino damnosum (1). Suspensi juris vestigia deprehendere licet in L. 16. pr. D. de interrog. in jure fac. (11, 1), ubi docetur nomine servi capti non dari in dominum actionem noxalem, et in L. 2 § 1. quando de peculio (15, 2) quo loco exemplum occurrit actionis de peculio perpetuae. Quum enim ex contractu servi dominus tenetur ad vires peculii usque, receptum est ut actio illa in dominum daretur, quamdiu servus in ejus potestate esset et per annum continuum, ex quo vel morte vel quavis alia ratione inde liberatus esset; sed servo ab hostibus capto, non finitur illa actio, quamdiu postliminio reverti possit, omnique demum recipiendi spe sublata, annus utilis currere incipit. Addo tertium exemplum servi, qui ad hostes profugit, surreptis vasis, quae dominus utenda dederat contubernalibus. Hic si postea sine vasis receptus est, dominus habebit actionem commodati directam, commodatariis vero in dominum actio furti noxalis dabitur (2).

Provisum ita fuit dominis, ne amisso lucro damnum insuper ex servorum captivitate paterentur. Ab altera vero parte non neglectus jacuit libertatis fa-

(1) L. 19. § 5. D. de capt., L. 12. C. de postl. rev.
(2) L. 21. § 1. commodati (13, 6).

vor; qui cum aliis in causis, tum in hac cernitur, quod servi capti, quibus testamento domini adscripta sit libertas, quandoque reversi ad eam perveniunt, quamvis neque testamenti facti, neque mortis tempore testantis, sed hostium fuerunt (1), quum ceteroquin nemini directa ex testamento libertas competebat, quam qui utroque tempore testatoris fuisset (2). Ad quaestionem, num inefficax sit fideicommissaria libertas, hostium servo adscripta, humanissime respondet Ulpianus (3), nihil impedire libertatem, quando noster esse incipiat, quicquid clament nonnulli, indignum esse servum hostium fieri civem Romanum. Quin, quum sub Trajano subventum esset his libertatibus SCto Rubriano (4), et ob aequitatem receptum, ne eo SCto domini capti continerentur (5), summa tamen ratione cavit SCtum Dasumianum, ne domini, qui libertatem praestare deberet, captivitate impediretur libertas servi, atque placuit ut hic ad eam perveniret, quasi ex causa fideicommissi manumissus esset, ea igitur lege ut domino reverso libertus esset (6). Docet praeterea Ulpianus, eum quoque liberum fore, qui post existentem conditionem ex ancilla apud hostes natus sit, et quod magis est, ad exemplum ejus, qui ex parentibus olim ingenuis apud hostes conceptus et editus est, reversusque ingenuitati restituitur proles

(1) L. 30. de manum. test. (40, 4).
(2) L. 35. ibid. Gaj. II. 267.
(3) L. 24. § 2. de fideic. libert. (40, 5).
(4) Verba SCti leguntur L. 26. § 7. l. l.
(5) L. 36. eod.
(6) L. laud. et L. 51. § 4 et 6. l. l.

quoque, quam statulibera captiva concepit, libera erit, modo nata sit post conditionem matris existentem (1). Contra servus captivus neque hostium jussu neque suo arbitrio de domini prioris jure statuere potest (2), sed pristino statui restituitur, etiam quando militum virtute receptus est (3).

Atque ne videar negligentius in hoc loco versatus fuisse, nonnullas leges indicabo, quibus vel modo dicta confirmantur vel constat certe, ne servos captivos quidem neglexisse juris Romani interpretes et enarratores. Ita monet Julianus (4) servum captum heredem institui posse, eamque institutionem valere jure postliminii; recte quoque legatur, quo facto vel heredi imponitur necessitas redimendi servum, si aliquo casu possit (5), eumque legatario praestandi, vel legatum sub conditione factum intelligitur. Et profecto servus accensetur eis rebus, quae postliminio redire possunt, quasque enumerant Cicero Topic. 8, Aelius Gallus apud Festum v. *postl. receptum* et Marcellus in L. 2. D. de capt., qualesque cogitabat Octavenus affirmans, quod apud hostes sit, legari posse (6). Quando autem servus legatus captus sit, adita jam hereditate, videndum, utrum hoc contigerit culpa heredis nec ne: illo casu heres pretium servi praestare debet, hoc non item (7). Fieri etiam potest, ut ex tali causa non ipse solum le-

---

(1) L. 6. § 1 et 2. de statulib. (40, 7).
(2) L. 12. § 9. de capt.
(3) L. 12. C. h. t.
(4) L. 98. de Leg. I.
(5) L. 104. § 2. eod.
(6) L. 9. eod. coll. L. 47. § 2 sq. eod.
(7) L. 53. § 9. eod.

gatarius, sed heres quoque lucrum percipiat, ad quem scilicet pertinet lex Falcidia, si reversus servus magni pretii sit et efficiat, ut legata pluris sint, quam per legem liceat: nam ita heres suam pretii partem repetere poterit (1). Et si hereditas ad plures pertinet, servi capti et impensae in eos factae ab aliquo coheredum et lucra ex iis forte percepta, veniunt in familiae erciscundae judicium, idque ita plerumque fieri solebat, ut vel cautio interponeretur de indemni servando eo, cui servus hic adjudicatus est, si forte servus non rediret, vel tantum aestimaretur dubius eventus, i. e. ut propter incertam postliminii spem servus captus alicui adsignaretur non justo pretio, sed longe minori, quam quo praesens aestimatus fuisset (2). Non minus autem quam legari, venire et in stipulatum deduci potest, etsi summa sit in eo praestando difficultas: aliud enim est adjicere contractui conditionem impossibilem, aliud difficilem, qua minime vitiatur contractus (3); et haec ipsa difficultas sustinetur officio judicis, petita scil. dilatione, donec praestari possit (4). Et si quis servum, qui in sua vel aliena potestate erat, promiserit, nec eum interim ab hostibus captum praestare possit, tum si ante moram et sine facto suo hoc acciderit, adhuc idem erit dicendum: sin vero in mora erat ac suo facto servus captus est statim tenebitur (5).

(1) L. 43. ad l. Falc. (35, 2).
(2) L. 22. § 5. et L. 23. fam. ercisc. (10, 2).
(3) L. 137. § 4. de verb. oblig. (45, 1).
(4) L. ult. de act. empt. (19, 1).
(5) L. 91. § 1. de verb. oblig.

PARS ALTERA.

DE REDEMPTIS AB HOSTIBUS.

CAPUT I.

DE REDEMPTIONE CAPTIVORUM APUD GRAECOS.

Mos interficiendi captivos, eosque manibus suorum tamquam gratas inferias immolandi, diu viguit apud gentes barbaras (1), neque antiquitus Graecis erat ignotus (2). Mature tamen hos utilitas et lucri studium hostibus devictis parcere docuit. Nam quum aetate heroica bella saepius praedae spe gererentur, ejusque pars non exigua essent *τὰ ἄποινα*, redemptionis pretia (3), bello capti vel vincti adservabantur (4) vel ad serviles operas cogebantur (5), donec redempti essent. Atque ex hoc belli jure fluxisse antiquissimam servitutem, quam justam et legitimam

(1) Herod. IV. 63 et 103. Caes. de B. G. VI. 19.
(2) Hom. Il. XXI. 26 sqq.
(3) Hom. Il. VI. 46. XI. 131.
(4) Herod. I. 66. V. 77.
(5) Herod. III. 39.

multi dixerunt, non inepte contendit Dio Chrysostomus (1). Erant autem captivi vel in bonis privatorum (2) vel publicae praedae cedebant: quo casu pecunia ex redemptione comparata aerario inferebatur (3). Diversa tamen erat horum conditio ab illorum sorte, qui commercio tradebantur et ut ingens discrimen erat inter eos, qui mercede conducti serviebant (4) et reliquos, ita omnino distinguendum inter *δορυαλώτους* s. *δορικτήτους* et *οἰκέτας* s. *ἀργυρωνήτους*, quorum illi bello subacti, hi *γόνῳ* s. origine ipsa servi habebantur (5), et non Graeci sed barbari erant (6). Quid? quod ne mensae quidem hospitalis expertes erant captivi, honesto inde *δορυξένων* nomine insigniti (7). Atque ut immanem in hostes saevitiam magis magisque deposuerunt, paucissimaque ejus exempla apud historicos inveniuntur, ita singulae civitates et privati homines nihil antiquius habuerunt, quam cives suos hostium manibus liberare. Hinc in conditionibus pacis saepe cavebatur de permutandis vel reddendis captivis et aut civitas per legatos (8), aut privati homines

---

(1) Orat. XV. p. 242. B. Cf. Aristot. Polit. I. 2. p. 9. Goettl.

(2) Hom. Od. XVII. 422.

(3) Herod. V. 77. Thuc. VI. 62. Plut. Nicia 15.

(4) *Πελάται*, *θῆτες*. Vid. Wachsmuth. Ant. Gr. I. 2. exc. 12.

(5) Aristot. l. l. Huc pertinet, quod scribit Pollux III. 83. Lacedaemoniorum Helotas et Thessalorum Penestas fuisse *μεταξὺ ἐλευθέρων καὶ δούλων*.

(6) Athen. VI. 265. B.

(7) Vid. Valcken. ad Ammon. p. 199 sq.

(8) V. c. Aristodemus, Olyntho capta, legatus ad Philippum missus est, qui de captivis reddendis ageret: Aesch. de F. L. C. 8.

captivos pretio oblato redimebant. Athenis imprimis in laude positum erat multos cives ab hoste redemisse. Sic pater Lysiae, boni viri esse judicans amicis praesto esse, cum aliis modis bene de re publica meruit, tum multos ab hostibus redimendo boni civis officia explevit (1); idemque de se et fratre suo gloriatur Lysias (2). Refert quoque Isaeus (3) inter praeclara Apollodori facinora, quod pro vitrico ab hostibus retento partem lutri solvere et se ipsum obsidem sistere voluerit, donec residua pecunia collata foret. Enituit denique hac in re Demosthenis liberalitas, qui non modo publica onera haud gravate suscepit, sed etiam egenos multos ab hostibus redemit (4). Qui quum nonnullis captivis nummos dedisset mutuos, quibus se redimerent, simulatque audivit Philippum omnes captivos gratis domum remissurum esse, illis τὰ λύτρα remisit, ne duriore alioquin conditione uterentur, quam reliqui, qui libertatem Philippi beneficio deberent. Profitetur adeo se alteram legationem in Macedoniam τὴν ἐπὶ τοὺς ὅρκους non alio consilio suscepisse, quam ut tuto adduceret pecuniam, qua miseros illos vinculis liberaret, quos vana spe illudere nefarium ipsi facinus videbatur. Scio equidem Aeschinem vehementer adversarii laudes hasce imminuere (5): ejus tamen clamores parum curabit, qui cogitet Demosthenem suae liberalitatis testes in

(1) Lys. de bon. Aristoph. C. 12 extr.
(2) Id. in Eratosth. C. 6.
(3) Isaeus de Apoll. hered. C. 2.
(4) De F. L. C. 49-51 et 66. p. Cor. 81.
(5) De F. L. C. 31.

ipso judicio adduxisse, et summam ab Aeschine homini redimendo praescriptam modum longe superare (1).

Sed, ne latius evagemur, proferenda est lex Attica, cujus causa hoc caput disputationi inserui, quia similis plane constitutio in jure Romano locum habuit. Servat illam Demosth. in Nicostr. C. 4. p. 1250. R. his verbis: .....*Οἱ νόμοι κελεύουσι, τοῦ λυσαμένου ἐκ τῶν πολεμίων εἶναι τὸν λυθέντα, ἐὰν μὴ ἀποδιδῷ τὰ λύτρα.* i. e. *leges jubent ejus, qui ab hostibus aliquem redemit, esse redemtum, nisi reddat redemtionis pretium* (2). Qua lege tantum abest, ut conditio captivorum deterior facta sit, ut potius nulla re homines magis incitari potuerint ad redimendos captivos. »*Decet enim*," ut utar verbis Theodosii in L. ult. C. de postl. »*redemtos datum pro se pretium emptoribus restituere, ne quando damni consideratio in tali necessitate positis negari faciat emptionem.*"

Non dubitaverim huc quoque referre legem, quam tamquam Lycurgi oratoris laudat auctor Vitarum

---

(1) Conf. Boeckh. Oecon. Polit. I. p. 77 sq. ubi agit de quantitate pretii captivorum. Adde p. 500. Neglexit Thuc. III. 70. — Similem Aeschinis fraudem in minuenda summa a Demosthene civitati donata notavit Bremius ad Aesch. adv. Ctes. § 17.

(2) Hanc legem cogitabat Julianus Imp., quum scriberet in Orat. VI. p. 195 sq. Spanhem. .....*καὶ ὁπόσους τῶν αἰχμαλώτων λυτρούμεθα — οἱ νόμοι τούτοις ἀποδεδώκασι τὴν ἐλευθερίαν σωθεῖσι. καὶ οἴκαδε· καὶ ἡμεῖς αὐτοὺς ἀπολυτρούμεθα, οὐχ ἵνα δουλεύσωσιν, ἀλλ' ἵνα ὦσιν ἐλεύθεροι.* Locum adduxit H. Grotius de J. B. ac P. III. 9. 5. n. I.

X. Oratt. p. 842. A, *μηδενὶ ἐξεῖναι Ἀθηναίων μηδὲ τῶν οἰκούντων Ἀθήνησιν ἐλεύθερον σῶμα πρίασθαι ἐπὶ δουλείᾳ ἐκ τῶν ἁλισκομένων ἄνευ τῆς τοῦ προτέρου δεσπότου γνώμης.* Inseruit hanc legem collectioni suae legum Atticarum Petitus p. 257. Wessel., et illustrandi causa haec adscripsit: »Servis in bello captis consultum voluit hac lege Rhetor Lycurgus," et paucis interjectis: »intellexit *αἰχμαλώτους*, qui bello capti servitutem serviebant, quum prius in patria liberi fuissent." Haec ut se invicem tollunt, ita obscuritatem, quae verbis laudatis inest, plane non curant. Obscurum enim est, qua ratione prioris domini (*τοῦ προτέρου δεσπότου*) mentio fieri possit, quando agitur de homine libero (*ἐλεύθερον σῶμα*). Sensit hoc Nissenius (1), qui difficultatem tollere studet tribuendo ampliorem notionem voci *δεσπότης*, »qua omnino is innuatur, cui captivus antea, quum liber esset, addictus erat, ita ut et tota civitas, in cujus officiis versabatur, et imperator, sub quo stipendia faciebat, et denique cognati ejus intelligi possint, etc." Prorsus inepte. Nec magis probandum, quod idem mox suspicatur *ἀπελεύθερον* inesse voc. *ἐλεύθερον* videri posse. Hujus in interpretando licentiae obviam ivit Ant. Westermann (2), ipse ingeniose satis cogitans de *ἀνδραποδίσμῳ*, cui occurrerit hac lege Lycurgus, severus ejus criminis vindex, ut apparet ex Harpocr. s. v. *ἀνδραποδιστής*.

(1) In Diss. de Lycurgi orat. vita et rebus gestis, Kiliae 1833. p. 90 sqq.

(2) In censura Diss. laud. inserta Novis Annal. Philol. et Paedag. T. XVI. P. III. p. 291.

Sed huic quoque sententiae cum alia, tum hoc imprimis obstare videtur, quod ita otiosum sit additamentum ἐκ τῶν ἁλισκομένων, quod quin recte dicatur de αἰχμαλώτοις dubitare non debuerat Nissenius. Longe magis arridet conjectura Meziriaci, qui margini exemplaris Steph. in bibliotheca Academiae nostrae adservati adscripsit ἀπελεύθερον, nisi quod rationem excogitare non possum, cur vir acutissimus h. l. potius de liberto, quam de servo cogitandum esse judicaverit. Repono igitur ἀνελεύθερον, cujus vocabuli duas priores literas facile absorpserit praecedentis vocabuli terminatio ιν. Haec proinde legis sententia exsistit: »*nemini licere Atheniensium, neque inquilinorum, servum ex captivis emere ad servitutem sine venia prioris domini*," i. e. neminem acquirere potestatem dominicam in servum ab hostibus redemtum, nisi ei prior dominus jus suum cesserit. Quod quum ita sit, constat hac lege non magis servis, quam quidem dominis, qui bello servos suos amiserant, consultum fuisse.

CAPUT II.

DE REDEMPTIS APUD ROMANOS.

Sectio I.

DISQUISITIO HISTORICA.

Antequam accedamus ad enarrandas eas leges, quae de redemptis in Digestorum libris et in Codice frequentes occurrunt, operae pretium facturi videmur, si collectis veterum auctorum testimoniis sententiam Romanorum de redimendis captivis explicemus. Qua in re sedulo distinguendum, utrum arbitrio civitatis permitteretur cives suos ab hostibus redimere, an vero redemptio peragenda esset privatis hominibus. Neque enim exempla passim obvia et diserta veterum testimonia dubitare nos sinunt, quin Romae quoque, perinde atque Athenis, boni civis et liberalis fuerit, occasione oblata, privatis opibus captivos liberare: quum contra disciplina militaris et superbia quaedam aliquoties adduxit senatum, qui conditiones redemptionis licet aequas recusaret.

Pertinet huc nobilitatum maxime Attilii Reguli consilium, qui propriae salutis immemor captivos permutandos esse negaret; sed imprimis nititur opinio nostra narratione de militibus in pugna Cannensi captis. Quum enim post stragem foedissimam, reliquiae exercituum consularium in castris refugium

quaesivissent, mox Hannibali ea oppugnanti ad octo millia hominum, labore, vigiliis, vulneribusque fessorum se dederunt, pacti ut arma et equos traderent, constitutisque in capita Romana trecenis nummis quadrigatis, in socios ducenis, in servos centenis, quo pretio persoluto cum singulis vestimentis abirent (1). Sociis vero sine pretio dimissis, summa haec equitibus aliquantum aucta est, ita ut pretium esset in capita, equiti quingeni quadrigati nummi, treceni pediti, servo centum (2). His conditionibus acceptis, X legati ex captivis Romam missi sunt, qui senatum adirent, quorum princeps M. Junius orationem in senatu habuit, quae exstat apud Livium l. l. C. 59. Quamquam autem illa Livii ingenio debetur, facile tamen quod volo ex ea probatur. Orator ab hac sententia incipit: »Patres conscripti, nemo nostrum ignorat, nulli umquam civitati viliores fuisse captivos, quam nostrae," probavitque senatus responsum verborum veritatem. »Quum enim (Livii verbis utor) sententiis variaretur et alii redimendos de publico, alii nullam publice impensam faciundam, nec prohibendos ex privato redimi; si quibus argentum in praesentia deesset, dandam ex aerario pecuniam mutuam, praedibusque ac praediis cavendum populo, censerent," tum T. Manlius Torquatus pervicit, ut mos a patribus traditus, necessario ad rem publicam exemplo, servaretur, suaque oratione perfecit, ut triste responsum *non redimi captivos* reddere-

(1) Liv. XXII. 52.
(2) Ibid. C. 58.

tur, C. 60 sq., quo factum est, ut scribit Cicero (1) „ut esset militibus insitum, aut vincere aut emori." Maluit autem civitas „minime in captivos jam inde antiquitus indulgens" in summa etiam trepidatione servos publice emptos armare, quam minore pretio redimere cives captos, C. 57 extr., et his non contenta, severe animadvertit in eos, qui ex fuga Cannensi superessent, qui in Siciliam relegati nullo praescripto militiae tempore ibi militarent, donec in Italia bellum esset (2); a quo SCto ne tum quidem quicquam remissum est, quum quadriennio post poenae severitatem conquesti, supplices peterent, ut abolendae saltem ignominiae, placandae civium irae, bene denique moriendi occasio sibi daretur (3).

Quando autem e republica videretur ab hac norma recedere, milites recepti non continuo in priorem statum restituebantur, sed insignibus ignominiae notis afficiebantur. Sic quum C. Fabricius ad Pyrrhum de recuperandis captivis missus esset (4), et rex gloriae imperiique, quam auri cupidior negaret se pretium accepturum esse, captivosque gratis remitteret, Appius Claudius Caecus in illa, opinor, oratione, quam habuit de rege in urbem non recipiendo (5), severissimam tulit sententiam de captivis (6), in quam factum est SCtum, quo equites

(1) De Off. III. 32.
(2) Liv. XXIII. 25.
(3) Liv. XXV. 6 sq. cf. porro XXVI. 1 sq. XXVII. 11 et 7, ubi similia de reliquiis exercitus Cn. Fulvii proc. narrantur.
(4) Cic. Brut. 14. Epit. Liv. XIII.
(5) Cic. et Liv. l. l. de Senect. 6. Pomp. de O. J. § 36.
(6) L. I. § 5. de postul.

ad peditem, pedites ad levem armaturam redacti sunt, aliisque probris affecti (1). — Atque, ut hoc obiter moneam, ad hunc patrium morem respexit declamator, qui Demosthenem rogationem ad populum ferentem facit, ut ii, qui apud Chaeroneam capti et a Philippo gratis Athenas remissi essent, ad consilia publica non admitterentur (2); qua ἀτιμίᾳ Athenis e captivitate reduces notatos fuisse, nusquam traditur, ne dicam, quanto opere talis severitas a Demosthenis persona et Athenarum tunc temporis conditione lubrica aliena fuisset.

Atque uti in bello vix cogitarunt Romani de redimendis permutandisque captivis, ita inter pacis conditiones solemnis clausula de his invenitur, sicuti decebat eos, qui gravissimum immanitatis indicium habebant, si qua gens redimendi captivos copiam non faceret (3). Sufficiat indicasse formulam pacis post bellum Punicum II. (4), cum Philippo Macedoniae rege (5) et aequioris cum Antiocho, cujus hoc caput memoratur: »qui ex regno Antiochi apud Romanos sociosque sunt, iis jus abeundi manendique esto. Servos sive fugitivos sive bello captos, sive qui liber captus aut transfuga erit, reddito Romanis sociisque" (6). Quorum numero in pace cum Aetolis icta diserte eximuntur

(1) Frontinus IV. 1. 18. Val. Max. II. 7. 15. Eutrop. II. 13. cf. oratio legati apud Liv. XXV. 6, idem exemplum excitantis.
(2) Quinctil. declam. 339.
(3) Vid. oratio Cn. Manlii apud Livium XXXVIII. 47.
(4) Polyb. XV. 18. Liv. XXX. 37.
(5) Polyb. XVIII. 27. Liv. XXXIII. 30.
(6) Polyb. XXII. 26. Liv. XXXVIII. 38.

»qui capti, quum domos redissent, iterum capti sunt" (1).

Quum satis de redemptione publice facta dixerim, paucis jam praestabo, quod significavi supra, privatos homines Romae ad hoc onus faciles se praestitisse. Dionysius Halicarnassensis ad officia clientium refert patronum cjusque filium ab hostibus redimere, eique uti et reliquis officiis religiose satisfecisse clientes docet (2). Idem scriptor inter sacra hospitii jura liberationem hospitis capti recenset (3), et Appianus (4) testatur gentiles quoque ad redimendos gentiles captos fuisse obligatos. Quae praecepta, sicuti pleraque quae ad jus belli pertinebant, immota stetisse et ad alios etiam producta fuisse confirmari potest cum doctrina JCtorum, quam infra illustrabo, tum testimonio Ciceronis, de Off. II. 18, quum dicat: »Atque haec benignitas etiam rei publicae utilis est, redimi e servitute captos, locupletari tenuiores: quod quidem solitum fieri ab ordine nostro in oratione Crassi scriptum copiose videmus." coll. C. 16, ubi viri liberalis esse dicitur, suis facultatibus captos ab hostibus redimere.

Ex iis, quae disputavi, apparet incaute Grotium (5) reprehendisse legem, qua vetita fuerit re-

(1) Liv. XXXVIII. 11. — H. l. observandum reversis non restitui stipendia temporis, quo apud hostes fuerunt. L. 1. C. de re milit. (12, 36).
(2) Dion. Hal. A. R. II. 10. p. 84. Sylb.
(3) Op. l. VI. 94. p. 414. et VIII. 30. p. 504.
(4) Appian. Hannib. 28.
(5) De J. B. ac P. III. 21. 24. ubi cf. Barbeyracii nota.

demptio captivorum apud Romanos, quum potius dicendum sit, non facile senatum eam probavisse et in consultando ea de re severiora fere consilia praevaluisse.

Postremo aliquid monendum est de redemptis a latronibus ad verba Ciceronis de Off. III. 29, ubi agens de fide jurisjurandi cum hoste etiam servanda, ita pergit: »si praedonibus pactum pro capite pretium non attuleris, nulla fraus est, ne si juratus quidem id non feceris. Nam pirata non est perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium. Cum hoc nec fides debet nec jusjurandum esse commune." Ex his verbis enim oritur quaestio, quo loco ii sint, qui a latronibus pretio oblato redempti sint? habeatne in eos redemptor aliquod jus, sicut in redemptos ab hostibus, an vero meram exercuerit liberalitatem? Facit autem Livii locus II. 34, ut suspicer non omni illos onere fuisse liberatos, sed redemptori debuisse operas praestare, donec pretium restituerint. Conficio hoc ex verbis Marcii Coriolani, qui hostis potestatis tribuniciae, biennio ante in civitate natae, in has voces erumpit: »Cur ego plebejos magistratus, cur Sicinium potentem video, sub jugum missus, *tamquam a latronibus redemptus?*" quibus ni fallor declaratur conditio talium hominum dura et ingenuo homine indigna. Sed unico eoque levi indicio non abutor, et lubenter aliorum arbitrio permitto, quatenus suspicio nostra justa sit dicenda.

Sectio II.

DE REDEMPTIS SECUNDUM JURIS ROMANI PRINCIPIA.

—

§ 1.

Libera re publica redemptio captivorum utrum mera liberalitas fuerit, an vero tale factum, ex quo jus pretii repetendi ortum sit, vereor ut ad liquidum perduei possit; posterius tamen verius videtur. Quo tempore vero jurisprudentia Romana maxime exculta est, sub Antoninis eosque insequentibus Imperatoribus, omne dubium tollunt diserta JCtorum fragmenta. Ex illis constat, redemptum fuisse in potestate emptoris „quamvis placeat, hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat" (1). Quando et qua ratione illud receptum sit, definire non ausim: fortasse tamen non sine ratione dicetur, id quod aequitate suggerente moribus invaluerat, postca fuisse lege sancitum. Meminit certe Tryphoninus (2) constitutionis, quae de redemptis lata est, quam aliunde ignotam temere nonnulli interpretes ad solos servos redemptos referunt. Id unum certum est, antiquiorem eam esse, quam illae constitutiones, quae in Codice leguntur, quippe quae omnes JCto recentiores sint. Natura autem illius vinculi intelligitur cum multis locis infra citandis, ubi *jus pig-*

(1) L. 20. § 1. D. qui test. fac. (28, 1).
(2) L. 12. § 8. de capt.

noris vocatur, tum vero appellatione *pignoris naturalis* (1). Nam quum nulla res, extra commercium posita, oppignerationem recipiat (2), in eaque causa sit captivus, licet servus hostium factus, singulare hoc jus constitutum est eo consilio, ut ditiores, spe pecuniae expensae repetendae proposita, alacriores essent ad liberandos captivos.

§ 2.

Qui sint effectus illius vinculi quaestio est, quae multas cautiones habet, et si quis singula persequi velit, latius pateret: quapropter id agendum, ut ad eam respondentes audaciae suspicionem evitemus. Initium facio a L. 20. § 2. D. de capt., ubi haec leguntur: »*Redemptio facultatem redeundi* (3) *praebet, non jus postliminii mutat.*" Quorum verborum hanc esse sententiam arbitror: liberum esse redempto in patriam redire, aut, si malit civitatem mutare, remanere apud hostes, sed non mutari jus postliminii, quod non acquiritur vi redemptionis, sed vi reversionis intra praesidia finesque imperii. Dubium igitur relinquitur, quo tempore redemptus gaudeat postliminio, utrum statim post reditum, an finito demum jure pignoris. At argumento Legis 15. D. de capt. illud certum esse credo, redemptum non prius gaudere pleno

(1) L. 2. C. de postl.

(2) L. 9. § 1. de pign. et hypoth. (20, 1), L. 1. § 2. quae res pign. (20, 3).

(3) Alii *reluendi*. Perperam: redemptio enim non praebet facultatem, sed imponit necessitatem reluendi.

jure postliminii, quam sublato illo vinculo, quamquam ejus conditio (sicut aequum est) medio tempore longe sit melior, quam aut transfugae aut ejus, qui armatus se hostibus dedidit. Nam ut prohibetur testis esse in testamento redemptoris (1), nomenque militiae dare (2), ita rursus sive ex testamento sive ab intestato alicui heres exsistere potest (3), legatumque sibi relictum acquirere (4). Cujus discriminis rationes probabiles excogitari possunt — v. c. illum a militia arceri, ne nova pericula obeundo, redemptorem de pretio sollicitum faciat: contra hereditatem capere ei licere, ut aucta re familiari pretium aliquando solvat: — quibus eo adducimur, ut statuamus omnia illa permissa fuisse redempto, unde spes oriretur liberandi se vinculo pignoris, relicua verò pro re nata vel fuisse in suspenso vel plane vetita. Faciunt huc etiam Ulpiani verba haec: »*Quodsi filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt: proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt ante luitionem; sed si interim decesserit, quum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstabit*" (5). Prior pars hujus loci nulla difficultate laborat: reliqua ita fere explicanda videntur. Quamvis filius reversus pretium, quo redemptus est, nondum luerit redemptori, vel sic tamen gaudet jure

(1) L. 20. § 1. qui test. fac. (28, 1).
(2) L. 8. de re milit. (49, 16).
(3) L. 15. C. de postl.
(4) Argum. L. 43. § 3. de leg. I.
(5) L. 1. § 4. de suis et legit. (38, 16).

sui heredis, ita ut non ejus liberi avo, sed ipse patri suo succedat. Quid vero, si ipsius morte omnis spes luendi pignoris tollitur, succedentne tunc nepotes avo suo? immo ipse intelligitur patris sui suus heres, et avi hereditas non directo, sed per patrem redemptum ad nepotes deferretur. Singulae quaestiones, quae hic usu veniunt, ad eandem omnes normam exigi non possunt; quapropter utilissimum judico in his, quae JCtorum diserta auctoritate confirmantur, subsistere et conjecturis abstinere, quibus aut parum aut nihil proficitur.

§ 3.

Aliud caput expeditu facilius constat in recensione variorum modorum, quibus illud jus pignoris tollatur. Sunt illi plures numero, quorum alii simul cum ipso pignoris vinculo exstiterunt, alii ex honestatis studio orti praetorum edictis, et JCtorum responsis originem debent, alii denique e religione Christiana profluxerunt: de quibus singulis deinceps dicendum.

Primus pignoris solvendi modus est *solutio* (1). Tenetur autem redemptor vel invitus ad accipiendum pretium quandoque sibi oblatum; quin recusante eo redemptus tamen vinculo est liberatus (2). Et solvitur aliquando pretium ex fisco, quum rei publicae intersit neminem captivitate et redemptione

---

(1) L. 20. § 1. qui test. fac. (28, 1).

(2) L. 3. § 3. de hom. lib. exhib. (43, 29) et L. 6. C. de postl.

poenam antea impositam subterfugere, cujus rei insigne exemplum affert L. 6. D. de capt. (1).

Alter modus cognoscitur ex l. l. de hom. lib. exhib., qui est *remissio* s. *expensi donatio*, cujus ea est vis, ut revocari nequeat: cf. L. 2. et L. 11. C. h. t., quo loco confirmatnr id, quod supra monuimus redemptum non fuisse servum redimentis, quum is soluto vinculo »*non libertus effectus, sed ingenuitati restitutus, nullum obsequium filiis redemptoris debeat*," neque ipsi redemptori, nisi quatenus turpe sit, grati animi officiis deesse. Est autem remissio illa vel *expressa* vel *tacita*. Nam quando parentes v. c. liberos redimunt, vetat pietas de pretio quicquam tractare, videnturque parentes cum amori suo indulsisse tum doloris pellendi remedium sibi quaesivisse (2).

Poterit quoque liberari vinculo pignoris, quando sibi legatur, ut testatur Ulpianus (3). Aliud remissionis exemplum est in L. 71. pr. D. de acq. v. om. hered. (29, 2), neglectum ab iis, qui de servis redemptis scripserunt. Tradit JCtus, servum alienum ab hostibus redemptum, redemptoris testamento heredem institutum fore liberum et necessarium heredem, ea tamen lege, ut priori domino aestimationem suam offerat, eive obligatus maneat, donec pretium solvat.

Tertio, suadente matrimonii sanctitate, obliga-

---

(1) Verbis legis rescriptum contineri bene vidit Cujacius, cujus suspicio confirmatur L. 12. § 17. eod. tit. Simile quid significatur § 15. eod.

(2) L. 17. C. h. t.

(3) L. 43. § 3. de Leg. I.

tionem *nuptiis* quoque tolli placuit, quum scilicet redemptor redemptam uxorem ducit, eamve eo animo secum habet, ut ex ea liberos suscipiat. Quin etiam, si forte ignorans conditionem istius mulieris eamque servam suam esse putans, eam cum liberis ex ea natis manumiserit, ignorantia illa non obstabit his, sed libera et ingenua liberos et ingenuos peperisse, nec cum domino sed cum marito fuisse declaratur (1).

Evanescere quoque *morte redempti*, Ulpiani auctoritate docetur (2) loco, qui desumptus est ex Lib. XII. ad Sabinum, ubi JCtus egit de herēdibus suis, unde apparet, rem controversam fuisse, et licet non sine ratione dicitur morte redempti exstingui debiti obligationem, filium tamen non evitare impietatis suspicionem, si, quum opes ei suppeditant, post mortem patris redemptionis quantitatem non offerat. Hinc liberos ex redemptis natos „*ne pignoris quidem vinculo ob pretium, quod pro his datum non est, teneri, nullis* (fort. *multis*) *auctoribus visum est*," et imperatorio rescripto confirmatum (3).

Porro Diocletianus, quem de captivorum redemptorumque sorte in primis sollicitum fuisse, declarant plurima rescripta in tit. Cod. *de postl. rev.* collecta, voluit jus redemptoris interimi *delicto*, commotus causae ad se delatae indignitate, quum ad matrem confugisset filia redempta, cujus pudicitiae

(1) L. 21. pr. D., L. 15. C. de postl.
(2) L. 15. de capt.
(3) L. 8. C. de postl.

insidiae a redemptore structae essent, qui eam quaestus faciundi ergo prostituerat (1).

Novissimum denique pignoris solvendi modum introduxit Theodosius (2), severas poenas statuens in eos, qui e captivitate reversos retinerent invitos, aliudque juris in redemptis esse sanciens, qui nisi datum pro se pretium restituant, laboris obsequio et *opere quinquennii* beneficii vicem referrent. Unde in promptu est colligere, eos ante hanc constitutionem aut pretium aut operas perpetuas redemptori debuisse.

Poterat etiam illud jus in aliam personam transferri. Neque enim dubitandum, quin jus redemptoris post mortem transeat ad heredes, quos aequum est non minus habere, quam habuissent si redemptus vivo liberatori suo pretium obtulisset. Quid? quod diserte docetur, posse redemptorem alii jus pignoris solvere, ea lege, ne deterior reddatur redempti conditio: sin pluris suum jus cedat redemptor, quam ipsi constiterat, hoc non obest redempto, verum emptor, quod minus percepit, consequi potest instituta actione ex empto adversus eum, qui vendidit (3).

§ 4.

Exposui jus, quod ex redemptione exsistere solebat: sunt alia quaedam, de quibus verbo monen-

(1) L. 7. C. de postl.
(2) L. 20. C. ibid. et Cod. Theod. V. 5. 2.
(3) L. 19. § 9. de capt.

dum est. Sic constat redemptum non prohiberi in infinitum donare redemptori (1), sed quaeri potest, utrum hoc in altero legis Cinciae capite fuerit statutum, an vero sero demum ab Antonino Pio sancitum. Destituti omnibus subsidiis, quibus dirimi possit talis quaestio, sed cogitantes beneficiorum memoriam mature celebratam fuisse apud Romanos, tamquam relicuarum omnium virtutum matrem (Cic. p. Planc. 33), eo inclinamus, ut suspicemur Paulum JCtum ipsam legem Cinciam ob oculos habuisse, et hos adeo pertinere ad personas ipsa lege exceptas (2).

Operae pretium quoque duco ea recensere, quae in favorem redemptionis constituta sunt, et in poenam officii gravissimi neglecti. Mulier constante matrimonio justam habet et honestam dotis repetendae causam, quum ex illis opibus parentes et cognatos ex hostibus redimere possit (3). Marito, qui sua pecunia a praedonibus redemit servos dotales, pretium restituendum est, aut ratio hujus expensi in dotis restitutione habenda (4); qui si ex dote necessarias uxori personas redemerit, hoc ei reputatur pro rata parte, et si totam dotem exhauserit, actio dotis evanescit (5). Haec, quae jam olim placuerunt, ab Imperatoribus Christianis vehementer am-

(1) Paul. Sent. V. 11. 6, quem locum nonnullis mutatis recepit Tribonianus in L. 34. § 1. de donat. (39, 5).

(2) Cf. Rein, Quaest. Tullianae, Isenaci 1834. p. 25.

(3) L. 20. sol. matrim. (24, 3) coll. L. 73. § 1. de jure dot. (23, 3).

(4) L. 28. § 1. de donat. inter v. et ux. (24, 1).

(5) L. 21. sol. matrim. (24, 3).

plificata sunt, atque in Codice utroque et in Novellis redemptio captivorum saepe commendatur, ut opus piissimum et quovis modo adjuvandum. Justinianus ipse voluit 1°. ut donationes pro redemptione factae vel sine insinuatione valerent, etiamsi superarent summam D solidorum (1); 2°. ut necessitate cogente, res sacras vendere et pignori obligare liceret „quoniam non absurdum est, animas hominum quibuscumque vasibus vel vestimentis praeferri" (2); 3°. ut, si quis captivos scripserit heredes, non solum valeret talis institutio, sed ne per legem quidem Falcidiam minueretur, darentque operam episcopi, ut tota hereditas redimendis captivis impenderetur (3); 4°. ut rerum ad hanc causam relictarum sive donatarum paene perpetua esset vindicatio, quae ad C annos extenderetur (4).

Quum autem antea liberi ad parentum, parentes ad liberorum redemptionem nullis legum vinculis cogebantur — etsi patris captivitas filio tribunatum plebis aedilitatemve petenti nocebat (5) et institutio alicujus „si ab hostibus patrem suum non redemerit" ad conditiones bonis moribus contrarias referebatur, adeoque pro non scripta habebatur (6) — idem Imperator definivit (7) inter ingrati animi indicia

(1) L. 36. C. de donat. (8, 54) coll. L. 19. C. de sacros. eccles. (1, 2).
(2) L. 21. C. t. l. Nov. 120. C. 9 sq.
(3) L. 49. C. de episc. et cler. (1, 3). Nov. 131. C. 11 sq.
(4) L. 23. C. de sacros. eccles.
(5) Liv. XXVII. 21. XXX. 19.
(6) L. 9. D. de cond. inst. (28, 7).
(7) Nov. 115. C. 3. § 13.

fore segnitiem in redimendis parentibus captis, eaque id effici, ut aut reversis parentibus liberum esset liberos exheredare, aut iis apud hostes mortuis liberi excluderentur hereditate paterna, quae ecclesiae ad redemptionem captivorum daretur: tum ut deficientibus liberis ii, qui heredes se scriptos norint, sive agnati sive extranei essent, easdem negligentiae poenas darent: denique ut, si cui propriae opes deesscnt, liceret pecuniam mutuam sumere, rebus ipsius captivi pignori datis, quales contractus reversus ratos haberet, non secus ac si ipse esset obligatus. Atque aequum putavit, ut haec officia essent mutua, adeoque parentes simili poenâ ad liberorum redemptionem obligavit (1).

Atque hic ad metam propositam perveni. Nam quominus de servis redemptis disputem, facit aliorum (2) diligentia, qui ad longius Tryphonini fragmentum in L. 12. h. t. ita commentati sunt, ut nobis, in paucis ab iis dissentientibus, quod addamus nihil fere relicuum fecerint.

(1) Nov. laud. C. 4. § 7. cf. Auth. ad L. 49. C. de episc. et cler.
(2) Impr. Ant. Faber. Jurispr. Papin. Tit. 12. pr. 7. ill. 11-19. et frater C. H. B. Boot in comm. de postlim. C. II. S. II. p. 22-29.

THESES.

I.

Vocabula USUS AUCTORITAS in lege decemvirali ita accipienda sunt, ut usus sit genitivus originis, hoc sensu: auctoritas per usum acquisita.

II.

Judiciorum mutatio per legem Aebutiam et duas Julias non subita fuit, sed ratio agendi per formulas jam olim in judiciis recuperatoriis inter cives et peregrinos viguisse, tunc ad omnes lites translata fuisse videtur.

III.

Δίκαι ἐρανικαί ad collegia eranistarum pertinent, sed male trahuntur ad eranum, qui ab amicis in amicum egenum ex mera liberalitate conferri solebat, quemque Claud. Salmasius recte *mutui gratuiti genus* vocavit.

THESES.

IV.

Peregrini, qui Romae ad aliquem quasi patronum se applicuerant (Cic. de Orat. I. 39) longe meliore utebantur conditione, quam ii, qui in mancipio erant.

V.

Ad enodandos juris laqueos plurimum facere grammaticam scientiam bene vidit Antistius Labeo, apud Gellium N. A. XIII. 10.

VI.

Affinitatis vinculum ad ipsos etiam conjuges pertinet.

VII.

Prudenter suasit Maecenas Augusto, ut imperium retineret.

VIII.

Falluntur, qui hanc unam antiquae sedis imperii relinquendae causam Constantino fuisse putent, ut nominis sui gloriam aucuparetur.

IX.

Praeceptum art. 900 C. C. non convenit indoli juris Gallici.

X.

Quando tutor a parentibus designatus tutelam non suscipit, tutelae dativae locus est, etiamsi majores pupilli supersint

THESES.

XI.

Jus gratiae regi art. 67 L. Imp. concessum, lato sensu explicandum est.

XII.

Codex Poenalis non admittit regulam: volenti non fit injuria.

XIII.

Male curia cassationis Gallica judicavit, homicidium vel vulnera in certamine singulari poenis vacare.

XIV.

Universe probanda sunt juris Romani praecepta de poena αὐτοχειρίας.

XV.

Patriae nostrae refert, ut augeantur copiae navales, ne tristi exemplo experiatur ipsa, quam vere El. Luzacius scripserit: *Coloniën zonder zeemagt zijn middelen om eenen vijand te verrijken.*

ADDENDA ET EMENDANDA.

Pag. 5, l. 10, reliqua *lege* relicua. (Haec forma, quam veriorem esse docuit Kritzius ad Sall. Catil. 3, 5. p. 21, pro veteri ubique restituatur).

» 11, » 12, πῶν » τῶν.

» 16, » 18, sensum » sensus

» 18, not. 2. Add. Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung des Röm. Rechts, Leipzig 1823 p. 73—88.

» 24, l. 10, nullam *lege* nullum

» 31, » 12, tales » nonnullas

» 69, » 6, errorem » error.

» 93. Addantur ea, quae de erani usu in redemptione disputavit Doct. J. J. van Holst, de Eranis vet. Graec. p. 97 et 103 seqq.

Caeteris erroribus ignoscat B. L.